

العناية بشرح الهداية

تأليف

الإمام العلامة الشيخ أكل الدين محمد بن محمد بن محمود البكري الحنفي

المتوفى ٧٨٢ هـ

وهو شرح على

الهداية شرح بداية المبتدي

في فروع الفقه الحنفي

شيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المغناني الحنفي

المتوفى ٥٩٢ هـ

اعتنى به

أبو محروس عمرو بن محروس

المجلد الثالث

يحتوي على الكتب التالية:

التبديل - الاستيلاء - الأيمان - الحُرود - السرقة - السر -
اللقط - اللقطة - الإيابة - المفقود - الشركة - الوقف - البيع



دار الكتب العلمية

أسسها محمد علي بيضون سنة 1971

بيروت - لبنان

العناية
شرح الهداية

Title: **AL-ʿINĀYAH**
ṢARḤ AL-HIDĀYAH
(A book in Hanafi jurisprudence)

Author: Al-ṣayḥ Akmaluddīn al-Bābarti

Editor: ʿAmr ben Maḥrūs

Publisher: Dar Al-kotob Al-Ilmiyah

Pages: 3792 (6 volumes)

Year: 2007

Printed In: Lebanon

Edition: 1st

الكتاب: العناية شرح الهداية
المؤلف: الشيخ أكمل الدين البابرتي الحنفي
المحقق: عمرو بن محروس
الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت
عدد الصفحات: 3792 (6 أجزاء)
سنة الطباعة: 2007 م
بلد الطباعة: لبنان
الطبعة: الأولى



مستورات محمد رجاوت بيروت



بيروت - لبنان
دار الكتب العلمية

جميع الحقوق محفوظة

Copyright

All rights reserved ©
Tous droits réservés ©

جميع حقوق الملكية الأدبية والفنية محفوظة
لدار الكتب العلمية بيروت - لبنان
ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تنضيد الكتاب كاملاً أو
مجزئاً أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر
أو برمجته على أسطوانات ضوئية إلا بموافقة الناشر خطياً.

Exclusive rights by ©

Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah Beirut - Lebanon

No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

Tous droits exclusivement réservés à ©

Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah Beyrouth - Liban

Toute représentation, édition, traduction ou reproduction même partielle, par tous procédés, en tous pays, faite sans autorisation préalable signée par l'éditeur est illicite et exposerait le contrevenant à des poursuites judiciaires.

الطبعة الأولى

٢٠٠٧ م - ١٤٢٨ هـ

مستورات محمد رجاوت بيروت

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

Mohamad Ali Baydoun Publications Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah

الإدارة: رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت
Ramel Al-Zarif, Bohtory Str., Melkart Bldg., 1st Floor
هاتف وفاكس: ٣٦٤٣٩ - ٣٦٦١٣٥ (٩٦١ ١)

فرع عرمون، القبعة، مبنى دار الكتب العلمية
Aramoun Branch - Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah Bldg.

هاتف: ٩٦١ ٥٨٠٤٨١٠ / ١١ / ١٢
فاكس: ٩٦١ ٥٨٠٤٨١٣
ص.ب: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان
رياض الصلح - بيروت ١١٠٧ ٢٢٩٠

<http://www.al-ilmiyah.com>

e-mail: sales@al-ilmiyah.com

info@al-ilmiyah.com

baydoun@al-ilmiyah.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بَابُ التَّدْبِيرِ

(إِذَا قَالَ الْمَوْلَى لِمَمْلُوكِهِ إِذْ مِتَ فَأَنْتَ حُرٌّ أَوْ أَنْتَ حُرٌّ عَنْ دُبْرٍ مِنِّي أَوْ أَنْتَ مُدَبَّرٌ أَوْ
قَدْ دَبَّرْتُكَ فَقَدْ صَارَ مُدَبَّرًا)؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَلْفَافَ صَرِيحٌ فِي التَّدْبِيرِ فَإِنَّهُ إِثْبَاتُ الْعِتْقِ
عَنْ دُبْرٍ.

الشرح:

(بَابُ التَّدْبِيرِ): ذَكَرُ الْإِعْتِقَاقِ الْوَاقِعَ بَعْدَ الْمَوْتِ عَقِيبَ الْإِعْتِقَاقِ الْوَاقِعِ فِي الْحَيَاةِ
ظَاهِرُ الْمُنَاسَبَةِ.

وَالْتَّدْبِيرُ فِي اللَّغَةِ: هُوَ النَّظَرُ إِلَى عَاقِبَةِ الْأَمْرِ. وَفِي الشَّرِيعَةِ هُوَ إِجْبَابُ الْعِتْقِ
الْحَاصِلِ بَعْدَ مَوْتِ الْإِنْسَانِ بِالْفَافِ تَدُلُّ عَلَيْهِ صَرِيحًا كَقَوْلِهِ دَبَّرْتُكَ أَوْ أَنْتَ مُدَبَّرٌ أَوْ
دَلَالَةً كَقَوْلِهِ إِذَا مِتَ فَأَنْتَ حُرٌّ أَوْ أَنْتَ حُرٌّ مَعَ مَوْتِي أَوْ فِي مَوْتِي، وَكَقَوْلِهِ أَوْصَيْتُ
لَكَ بِنَفْسِكَ أَوْ بِرَقَبَتِكَ أَوْ بِثُلْثِ مَالِي. وَحُكْمُ التَّدْبِيرِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِخْرَاجُهُ عَنْ مِلْكِهِ
إِلَّا إِلَى الْحُرِّيَةِ كَمَا فِي الْكِتَابَةِ، فَإِذَا مَاتَ وَهُوَ يَخْرُجُ مِنَ الثُّلْثِ عَتَقَ وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ عَتَقَ
ثُلُثُهُ وَسَعَى فِي ثُلُثَيْهِ.

(ثُمَّ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ وَلَا هِبَتُهُ وَلَا إِخْرَاجُهُ عَنْ مِلْكِهِ إِلَّا إِلَى الْحُرِّيَةِ) كَمَا فِي الْكِتَابَةِ.
وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ تَعْلِيقُ الْعِتْقِ بِالشَّرْطِ فَلَا يَمْتَنِعُ بِهِ الْبَيْعُ وَالْهَبَةُ كَمَا فِي سَائِرِ
التَّعْلِيقَاتِ وَكَمَا فِي الْمَدَبَرِ الْمُقَيَّدِ وَلِأَنَّ التَّدْبِيرَ وَصِيَّةٌ وَهِيَ غَيْرُ مَانِعَةٍ مِنْ ذَلِكَ. وَلَنَا قَوْلُهُ
﴿الْمَدَبَّرُ لَا يَبَاعُ وَلَا يُوْهَبُ وَلَا يُوْرَثُ وَهُوَ حُرٌّ مِنَ الثُّلْثِ﴾^(١) وَلِأَنَّهُ سَبَبُ الْحُرِّيَةِ؛ لِأَنَّ
الْحُرِّيَةَ تَثْبُتُ بَعْدَ الْمَوْتِ وَلَا سَبَبَ غَيْرَهُ؛ ثُمَّ جَعَلَهُ سَبَبًا فِي الْحَالِ أَوَّلَى لَوْجُودِهِ فِي الْحَالِ
وَعَدَمِهِ بَعْدَ الْمَوْتِ؛ وَلِأَنَّ مَا بَعْدَ الْمَوْتِ حَالٌ بَطْلَانِ أَهْلِيَّةِ التَّصَرُّفِ فَلَا يُمْكِنُ تَأْخِيرُ السَّبَبِيَّةِ
إِلَى زَمَانٍ بَطْلَانِ الْأَهْلِيَّةِ، بِخِلَافِ سَائِرِ التَّعْلِيقَاتِ؛ لِأَنَّ الْمَانِعَ مِنَ السَّبَبِيَّةِ قَائِمٌ قَبْلَ
الشَّرْطِ؛ لِأَنَّهُ يَمِينٌ وَالْيَمِينُ مَانِعٌ وَالْمَنْعُ هُوَ الْمَقْصُودُ، وَأَنَّهُ يُضَادُّ وَقُوعَ الطَّلَاقِ وَالْعِتَاقِ،
وَأَمَّا تَأْخِيرُ السَّبَبِيَّةِ إِلَى زَمَانٍ الشَّرْطِ؛ لِقِيَامِ الْأَهْلِيَّةِ عِنْدَهُ فَافْتَرَقَا؛ وَلِأَنَّهُ وَصِيَّةٌ
خِلَافَتُهَا فِي الْحَالِ كَالْوَرَاثَةِ وَإِبْطَالُ السَّبَبِ لَا يَجُوزُ، وَفِي الْبَيْعِ وَمَا يُضَاهِيهِ ذَلِكَ.

(١) أخرجه الدارقطني (٤/١٣٨)، وانظر نصب الراية (٣/٤٣٣).

الشرح:

(وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَجُوزُ بَيْعُهُ وَهَبُهُ لِأَنَّهُ تَعْلِيقُ الْعِتْقِ بِالشَّرْطِ فَلَا يَمْتَنِعُ بِهِ الْبَيْعُ وَالْهَبَةُ كَمَا فِي سَائِرِ التَّعْلِيقَاتِ) مِنْ دُخُولِ الدَّارِ وَمَجِيءِ رَأْسِ الشَّهْرِ وَغَيْرِهِمَا (وَكَمَا فِي الْمُدَبِّرِ الْمُقَيَّدِ) فَإِنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ فِيهِ بِلَا خِلَافٍ (وَلَأَنَّ التَّدْبِيرَ وَصِيَّةٌ) حَتَّى يُعْتَبَرَ مِنْ ثُلْثِ الْمَالِ وَالْوَصِيَّةُ لَا تَمْنَعُ الْمُوصِي مِنَ التَّصَرُّفِ بِالْبَيْعِ وَغَيْرِهِ كَمَا أَوْصَى بِرَقَبَتِهِ لِإِنْسَانٍ (وَلَنَا قَوْلُهُ ﷺ «الْمُدَبِّرُ لَا يُبَاغُ وَلَا يُوهَبُ وَلَا يُورَثُ وَهُوَ خَرٌّ مِنَ الثُّلُثِ») رَوَاهُ نَافِعٌ عَنْ ابْنِ عُمَرَ (وَلَأَنَّهُ) أَيْ التَّدْبِيرُ (سَبَبُ الْحُرِّيَةِ لِأَنَّ الْحُرِّيَةَ تَنْبُتُ بَعْدَ الْمَوْتِ) فَلَا بُدَّ لَهُ مِنْ سَبَبٍ (وَلَا سَبَبَ غَيْرُهُ) ثُمَّ إِنَّمَا أَنْ يَكُونَ سَبَبًا فِي الْحَالِ أَوْ بَعْدَ الْمَوْتِ لَا جَائِزَ أَنْ يَكُونَ بَعْدَ الْمَوْتِ لِأَنَّهُ حَالُ بَطْلَانِ الْأَهْلِيَّةِ فَلَا يُمَكِّنُ تَأْخِيرُ السَّبَبِ إِلَيْهِ، وَلَأَنَّهُ فِي الْحَالِ مَوْجُودٌ وَبَعْدَ الْمَوْتِ مَعْدُومٌ لَكُونَ كَلَامِهِ عَرَضًا لَا يَبْقَى فَتَعَيَّنَ أَنْ يَكُونَ سَبَبًا فِي الْحَالِ: وَاعْتَرَضَ عَلَى الْمُصَنِّفِ أَنَّ هَذَا الْكَلَامَ مُنَاقِضٌ لِمَا ذَكَرَ فِي آخِرِ بَابِ الْعَبْدِ يُعْتَقُ بَعْضُهُ حَيْثُ قَالَ: وَفِي الْمُدَبِّرِ يَنْعَقِدُ السَّبَبُ بَعْدَ الْمَوْتِ.

وَأَقُولُ قَوْلَهُ (ثُمَّ جَعَلُهُ سَبَبًا فِي الْحَالِ أُولَى) يَدُلُّ عَلَى أَنَّ جَعْلَهُ سَبَبًا فِي الْحَالِ وَإِنْ كَانَ الْمَذْهَبُ عِنْدَ أَصْحَابِنَا لَيْسَ بِمُتَعَيَّنٍ، فَيَحْتَمِلُ مَا ذَكَرَهُ هُنَاكَ عَلَى غَيْرِ الْأُولَى فَيَنْدَفِعُ التَّنَاقُضُ وَيَكُونُ قَدْ أَطْلَعَ عَلَى رَوَايَةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ سَبَبًا بَعْدَ الْمَوْتِ أَوْ اخْتَارَ جَوَازَهُ بِاجْتِهَادِهِ وَجَعَلَ مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ الْأَصْحَابُ أُولَى.

فَإِنْ قِيلَ: فِي التَّدْبِيرِ تَعْلِيقٌ، وَلَيْسَ فِي التَّعْلِيقِ شَيْءٌ مِنَ السَّبَبِ ثَابِتًا فِي الْحَالِ، وَإِنَّمَا يَكُونُ عِنْدَ وُجُودِ الشَّرْطِ فَمَا بَالُ التَّدْبِيرِ خَالَفَ سَائِرَ التَّعْلِيقَاتِ وَهُوَ مُؤَدَّى قَوْلِ الشَّافِعِيِّ كَمَا فِي سَائِرِ التَّعْلِيقَاتِ؟ أَجَابَ بِقَوْلِهِ بِخِلَافِ سَائِرِ التَّعْلِيقَاتِ لِأَنَّ الْمَانِعَ مِنَ السَّبَبِ قَائِمٌ فِيهِ قَبْلَ الشَّرْطِ.

وَأَعْلَمُ أَنَّ فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ غُمُوضًا لَا يَنْكَشِفُ عَلَى وَجْهِ التَّحْصِيلِ إِلَّا بِزِيَادَةِ بَيَانٍ فَلَا بُدَّ مِنْهَا، فَتَقُولُ: الْمَانِعُ هُوَ مَا يَنْتَفِي بِهِ الشَّيْءُ مَعَ قِيَامِ مُقْتَضِيهِ، وَكُلُّ مَا يُنَافِي الْإِجْرَاءَ يُنَافِي الْمَرْزُومَ، وَإِذَا ظَهَرَ هَذَا فَلَنَا الْقِيَاسُ يَقْتَضِي أَنْ تَكُونَ سَائِرُ التَّعْلِيقَاتِ أَسْبَابًا فِي الْحَالِ لَكِنْ الْمَانِعُ عَنِ السَّبَبِ فِي الْحَالِ وَهُوَ صِفَةٌ كَوْنُ تَصَرُّفِ التَّعْلِيقِ يَمِينًا قَائِمًا لِأَنَّ الْيَمِينَ مَانِعٌ عَنْ تَحْقِيقِ الشَّرْطِ الْإِجْرَاءِ لِلْحُكْمِ، فَإِنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْيَمِينِ هُوَ الْمَنْعُ مِنَ

تَحَقُّقِ الشَّرْطِ، وَمَا كَانَ مَانِعًا عَنْ تَحَقُّقِ اللَّازِمِ الَّذِي هُوَ الشَّرْطُ كَانَ مَانِعًا عَنْ تَحَقُّقِ الْمَلْزُومِ الَّذِي هُوَ الْحُكْمُ وَهُوَ وَقُوعُ الطَّلَاقِ، وَإِلَيْهِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ وَإِنَّهُ يُضَادُّ وَقُوعَ الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ، وَمَا كَانَ مَانِعًا لِلْحُكْمِ لَا يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ سَبَبًا لَهُ فَصِفَةُ كَوْنِ تَصَرُّفِ التَّعْلِيقِ يَمِينًا تَمْنَعُ عَنْ كَوْنِهِ سَبَبًا لِلْحُكْمِ وَهُوَ الطَّلَاقُ وَالْعَتَاقُ. فَإِنْ قُلْتُ: قَدْ يَكُونُ الْيَمِينُ يُعَقَّدُ لِلْحَمْلِ كَمَا فِي قَوْلِ الرَّجُلِ إِنْ لَمْ تَدْخُلِ الدَّارَ فَأَلْتِ طَالِقٌ، وَقَدْ نَصَّ فِي الْكُتُبِ أَنَّ الْيَمِينَ تُعَقَّدُ لِلْمَنْعِ أَوْ الْحَمْلِ فَكَيْفَ قَالَ: وَالْمَنْعُ هُوَ الْمَقْصُودُ وَإِنَّهُ يَفْتَضِي الْحَضَرَ عِنْدَ الْبُلْعَاءِ؟ قُلْتُ: لَا يُقْصَدُ بِالْيَمِينِ إِلَّا مَنْعُ الشَّرْطِ، وَالشَّرْطُ فِيمَا ذَكَرْتُمْ هُوَ التَّفْيُ وَالْمَقْصُودُ هُوَ الْمَنْعُ مِنْهُ وَيَلْزَمُهُ الْحَمْلُ. فَإِنْ قُلْتُ: التَّذْيِيرُ يَمِينٌ أَوْ لَيْسَ يَمِينًا، فَإِنْ كَانَ يَمِينًا وَجَبَ أَنْ لَا يَكُونَ سَبَبًا لِقِيَامِ الْمَانِعِ عَلَى مَا قَرَّرْتُمْ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ يَمِينًا لَمْ يَسْتَقِمْ قَوْلُهُ بِخِلَافِ سَائِرِ التَّعْلِيقَاتِ إِذْ السَّائِرُ بِمَعْنَى الْبَاقِي. قُلْتُ: لَيْسَ يَمِينًا لِتَعْلُقِ عَقْدِهِ بِأَمْرِ كَائِنٍ، وَاسْتِقَامَةُ إِطْلَاقِ سَائِرِ التَّعْلِيقَاتِ بِطَرِيقِ الْمَشَاكِلَةِ إِنْ لَمْ يَكُنْ الْيَمِينُ أَخْصَصَ مِنَ التَّعْلِيقِ. وَيَرُدُّ عَلَيْهِ أَنْتَ طَالِقٌ إِذَا جَاءَ غَدٌ فَإِنَّهُ تَعْلِيقٌ بِأَمْرِ كَائِنٍ وَلَيْسَ بِسَبَبٍ فِي الْحَالِ. وَالْجَوَابُ أَنَّهُ إِضَافَةٌ لَا تَعْلِيقٌ.

وَقَوْلُهُ (وَأُمَكَّنَ تَأْخِيرُ السَّبَبِ إِلَى زَمَانِ الشَّرْطِ) لِقِيَامِ الْأَهْلِيَّةِ فَرَّقَ آخَرُ بَيْنَ التَّذْيِيرِ وَسَائِرِ التَّعْلِيقَاتِ. وَوَجْهُهُ أَنَّ التَّذْيِيرَ لَا يُمَكِّنُ فِيهِ تَأْخِيرُ السَّبَبِ إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ لَمَا ذَكَرْنَا مِنْ انْتِفَاءِ أَهْلِيَّةِ الْإِيجَابِ حِينَئِذٍ. وَأَمَّا سَائِرُ التَّعْلِيقَاتِ فَتَأْخِيرُ السَّبَبِ فِيهِ إِلَى زَمَانِ الشَّرْطِ مُمَكِّنٌ لِقِيَامِ الْأَهْلِيَّةِ عِنْدَهُ فَافْتَرَقَا.

وَاعْتَرَضَ بِأَنْ قِيَامَ الْأَهْلِيَّةِ لَيْسَ بِشَرْطٍ عِنْدَ وُجُودِ الشَّرْطِ كَمَنْ عُلِقَ طَلَاقُهَا وَهُوَ صَحِيحٌ ثُمَّ جُنَّ عِنْدَ وُجُودِ الشَّرْطِ كَمَا تَقَدَّمَ. وَالْجَوَابُ أَنَّ قِيَامَ أَهْلِيَّتِهِ لَيْسَ بِشَرْطٍ عِنْدَ وُجُودِ الشَّرْطِ إِذَا لَمْ يَكُنْ التَّعْلِيقُ ابْتِدَاءً بِحَالِ بُطْلَانِ الْأَهْلِيَّةِ كَمَا ذَكَرْتُمْ فِي صُورَةِ الْمَجْنُونِ.

وَأَمَّا إِذَا كَانَ فَلَا يُسَلَّمُ أَنَّ الْأَهْلِيَّةَ إِذَا ذَكَ غَيْرُ شَرْطٍ. وَقَوْلُهُ (وَلَاغُهُ وَصِيَّةٌ وَالْوَصِيَّةُ خِلَافَةٌ فِي الْحَالِ) فَرَّقَ آخَرُ بَيْنَهُمَا. وَتَقْرِيرُهُ: التَّذْيِيرُ الْمَطْلُوقُ وَصِيَّةٌ، وَالْوَصِيَّةُ سَبَبُ الْخِلَافَةِ فِي الْحَالِ لِأَنَّ الْمَوْصِيَّ يَجْعَلُ الْمَوْصَى لَهُ خَلْفًا فِي بَعْضِ مَالِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ كَالْوَرَاثَةِ فَإِنَّهَا سَبَبُ خِلَافَةٍ فِي الْحَالِ.

وَاعْتَرَضَ بِأَنَّهُ لَوْ كَانَ وَصِيَّةً لَبُطِلَ إِذَا قَتَلَ الْمُدَبِّرُ سَيِّدَهُ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لِلْقَاتِلِ لَا تَجُوزُ وَإِنْ كَانَ الْجَرْحُ قَبْلَهَا أَوْ بَعْدَهَا، وَلَجَزَّ الْبَيْعُ لِأَنَّ الْمُوصِيَّ يَجُوزُ لَهُ بَيْعُ الْمُوصَى بِهِ وَيَكُونُ رُجُوعًا عَنِ الْوَصِيَّةِ وَلَيْسَ الْأَمْرُ كَذَلِكَ. وَالْجَوَابُ عَنْهُمَا جَمِيعًا أَنَّ ذَلِكَ فِي وَصِيَّةٍ لَمْ تَكُنْ عَلَى وَجْهِ التَّغْلِيْقِ لِأَنَّهَا الْوَصِيَّةُ الْمُطْلَقَةُ وَالتَّذْيِيرُ لَيْسَ كَذَلِكَ. وَوَجْهُ اخْتِصَاصِ ذَلِكَ أَنَّ بُطْلَانَ الْوَصِيَّةِ بِالْقَتْلِ وَجَوَازَ الْبَيْعِ وَكَوْنُهُ رُجُوعًا إِلَّا مَا يَصِحُّ فِي مُوصَى بِهِ يَقْبَلُ الْفَسْخَ وَالْبُطْلَانَ وَالتَّذْيِيرَ لِكَوْنِهِ إِعْتَاقًا لَا يَقْبَلُ ذَلِكَ.

وَقَوْلُهُ (وَإِبْطَالُ السَّبَبِ لَا يَجُوزُ) تِمَّةُ الدَّلِيلِ مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ وَلَائِذْهُ سَبَبُ الْحُرِّيَّةِ وَمَا يَنْتَهِي لِبَيِّنَاتِ هَذِهِ الْقَضِيَّةِ وَتَرْكِيبِ الْمَقْدَمَتَيْنِ، هَكَذَا التَّذْيِيرُ سَبَبُ الْحُرِّيَّةِ، وَسَبَبُ الْحُرِّيَّةِ لَا يَجُوزُ إِبْطَالُهُ، وَفِي الْبَيْعِ وَمَا يُشَابِهُهُ مِنْ الْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالْإِمْهَارِ ذَلِكَ أَيْ إِبْطَالُ سَبَبِ الْحُرِّيَّةِ فَلَا يَجُوزُ.

قَالَ: (وَلِلْمَوْلَى أَنْ يَسْتَحْدِمَهُ وَيُؤَاجِرَهُ وَإِنْ كَانَتْ أَمَةً وَطَيْهَا وَلَهُ أَنْ يُزَوِّجَهَا)؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ فِيهِ ثَابِتٌ لَهُ وَبِهِ تُسْتَفَادُ وَلَايَةُ هَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ.

الشرح:

قَالَ (وَلِلْمَوْلَى أَنْ يَسْتَحْدِمَهُ وَيُؤَاجِرَهُ) التَّذْيِيرُ لَا يُبْنَى الْحُرِّيَّةُ فِي الْحَالِ وَإِنَّمَا يُبْنَى اسْتِحْقَاقُ الْحُرِّيَّةِ فَكَانَ الْمَلِكُ فِيهِ ثَابِتًا، وَلِهَذَا لَوْ قَالَ كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي فَهُوَ حُرٌّ دَخَلَ فِيهِ الْمُدَبِّرُ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ فَلِلْمَوْلَى أَنْ يَسْتَحْدِمَهُ وَيُؤَاجِرَهُ، وَإِنْ كَانَتْ أَمَةً وَطَيْهَا وَلَهُ أَنْ يُزَوِّجَهَا لِأَنَّ وَلَايَةَ هَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ بِالْمَلِكِ وَهُوَ ثَابِتٌ.

(فَإِذَا مَاتَ الْمَوْلَى عَتَقَ الْمُدَبِّرُ مِنْ ثُلْثِ مَالِهِ) لَمَّا رَوَيْنَا؛ وَلِأَنَّ التَّذْيِيرَ وَصِيَّةٌ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ مُضَافٌ إِلَى وَقْتِ الْمَوْتِ وَالْحُكْمُ غَيْرُ ثَابِتٍ فِي الْحَالِ فَيَنْفُذُ مِنَ الثُّلْثِ، حَتَّى لَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُ يَسْعَى فِي ثُلْثِيهِ، وَإِنْ كَانَ عَلَى الْمَوْلَى دَيْنٌ يَسْعَى فِي كُلِّ قِيَمَتِهِ؛ لِتَقَدُّمِ الدَّيْنِ عَلَى الْوَصِيَّةِ وَلَا يُمْكِنُ نَقْضُ الْعِتْقِ فَيَجِبُ رَدُّ قِيَمَتِهِ.

الشرح:

(فَإِذَا مَاتَ الْمَوْلَى عَتَقَ الْمُدَبِّرُ مِنْ ثُلْثِ مَالِهِ لَمَّا رَوَيْنَا) يَعْنِي مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «وَهُوَ حُرٌّ مِنْ الثُّلْثِ» (وَلِأَنَّ التَّذْيِيرَ وَصِيَّةٌ لِكَوْنِهِ تَبَرُّعًا مُضَافًا إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ) وَلَا نَعْنِي بِالْوَصِيَّةِ إِلَّا ذَلِكَ، وَالْحُكْمُ يَعْنِي

الْعَنْقُ غَيْرُ ثَابِتٍ فِي الْحَالِ لِأَنَّهُ يُفِيدُ اسْتِحْقَاقَ الْحُرِّيَّةِ كَمَا ذَكَرْنَا آتِفًا، وَكُلُّ وَصِيَّةٍ تَنْفُذُ مِنْ الثَّلَاثِ حَتَّى لَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُ يَسْعَى فِي ثَلَاثِي رَقَبَتِهِ، وَإِنْ كَانَ عَلَى الْمَوْلَى دَيْنٌ يَسْعَى فِي كُلِّ قِيمَتِهِ لِأَنَّ الدَّيْنَ مُقَدَّمٌ عَلَى الْوَصِيَّةِ وَالْعَنْقُ لَا يُمَكِّنُ نَقْضَهُ فَيَجِبُ عَلَيْهِ رَدُّ قِيمَتِهِ.

(وَوَلَدُ الْمُدَبِّرَةِ مُدَبِّرٌ) وَعَلَى ذَلِكَ ثَقُلَ إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَوَلَدُ الْمُدَبِّرَةِ مُدَبِّرٌ) هَذِهِ هِيَ النُّسْخَةُ الصَّحِيحَةُ، وَوَقَعَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ وَوَلَدُ الْمُدَبِّرِ مُدَبِّرٌ، وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ لِأَنَّ وَلَدَ الْمُدَبِّرِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مِنْ أُمِّهِ أَوْ غَيْرِهَا فَالْأَوَّلُ رَقِيقٌ لِمَوْلَاهَا، وَالثَّانِي يَتَّبِعُ الْأُمَّ فِي التَّدْبِيرِ وَالْكِتَابَةِ وَغَيْرِهِمَا ذُونَ الْأَبِ. وَأَمَّا وَلَدُ الْمُدَبِّرَةِ فَهُوَ مُدَبِّرٌ ثَقُلَ عَلَى ذَلِكَ إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، وَخُوصِمَ إِلَى عُثْمَانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي أَوْلَادِ مُدَبِّرَةٍ فَقَضَى بِأَنَّ مَا وَلَدَتْهُ قَبْلَ التَّدْبِيرِ عَبْدٌ يُبَاعُ، وَمَا وَلَدَتْهُ بَعْدَ التَّدْبِيرِ فَهُوَ مِثْلُهَا لَا يُبَاعُ، وَكَانَ ذَلِكَ بِحَضْرَةِ الصَّحَابَةِ وَلَمْ يُثَقَّلْ عَنْ أَحَدٍ خِلَافًا

(وَأِنْ عَلِقَ التَّدْبِيرُ بِمَوْتِهِ عَلَى صِفَةٍ مِثْلِ أَنْ يَقُولَ إِنْ مِتُّ مِنْ مَرَضِي هَذَا أَوْ سَفَرِي هَذَا أَوْ مِنْ مَرَضٍ كَذَا فَلَيْسَ بِمُدَبِّرٍ وَيَجُوزُ بَيْعُهُ)؛ لِأَنَّ السَّبَبَ لَمْ يَنْعَقِدْ فِي الْحَالِ لِلتَّرَدُّدِ فِي تِلْكَ الصِّفَةِ، بِخِلَافِ الْمُدَبِّرِ الْمُطْلَقِ؛ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ عِنْقُهُ بِمُطْلَقِ الْمَوْتِ وَهُوَ كَائِنٌ لَا مُحَالَةَ (فَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَى عَلَى الصِّفَةِ الَّتِي ذَكَرَهَا عَتَقَ كَمَا يُعْتَقُ الْمُدَبِّرُ) مَعْنَاهُ مِنَ الثَّلَاثِ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ حُكْمُ التَّدْبِيرِ فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ؛ لِتَحَقُّقِ تِلْكَ الصِّفَةِ فِيهِ فَلِهَذَا يُعْتَبَرُ مِنَ الثَّلَاثِ. وَمِنْ الْمُقَيَّدِ أَنْ يَقُولَ إِنْ مِتُّ إِلَى سَنَتَيْنِ أَوْ عَشْرٍ سِنِينَ لَمَّا ذَكَرْنَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ إِنْ مَاتَ سَنَتَيْنِ وَمِثْلُهُ لَا يَعِيشُ إِلَيْهِ فِي الْغَالِبِ؛ لِأَنَّهُ كَالْكَائِنِ لَا مُحَالَةَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَإِنْ عَلِقَ التَّدْبِيرُ بِمَوْتِهِ) بَيَّانٌ لِلْمُدَبِّرِ الْمُقَيَّدِ وَهُوَ أَنْ يُعْلَقَ التَّدْبِيرُ بِمَوْتِهِ عَلَى صِفَةٍ مِثْلِ أَنْ يَقُولَ إِنْ مِتُّ مِنْ مَرَضِي أَوْ سَفَرِي أَوْ مَرَضٍ كَذَا فَلَيْسَ بِمُدَبِّرٍ، وَيَجُوزُ بَيْعُهُ لِأَنَّ السَّبَبَ لَمْ يَنْعَقِدْ فِي الْحَالِ لِلتَّرَدُّدِ فِي تِلْكَ الصِّفَاتِ فَرُبَّمَا يَرْجِعُ مِنْ ذَلِكَ السَّفَرِ وَيَبْرَأُ مِنْ ذَلِكَ الْمَرَضِ، بِخِلَافِ الْمُدَبِّرِ الْمُطْلَقِ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ عِنْقُهُ بِمُطْلَقِ الْمَوْتِ

وَهُوَ كَائِنٌ لَا مَحَالَةَ. وَتَحْقِيقُهُ يُسْتَفَادُ مِمَّا قَدَّمْنَاهُ وَهُوَ أَنَّ الْمَعْلُقَ بِهِ إِذَا كَانَ عَلَى خَطَرِ
الْوُجُودِ كَانَ بِمَعْنَى الْيَمِينِ، وَقَدْ عَرَفْتَ أَنَّ صِفَةَ كَوْنِهِ يَمِينًا يَمْنَعُ عَنِ السَّبَبِيَّةِ، وَأَمَّا إِذَا
كَانَ أَمْرًا كَائِنًا لَا مَحَالَةَ لَمْ يَكُنْ فِي مَعْنَى الْيَمِينِ فَكَانَ سَبَبًا.

فَإِنْ قِيلَ: إِذَا لَمْ يَنْعَقِدِ السَّبَبُ فِي الْحَالِ فِي أَيِّ وَقْتٍ يَنْعَقِدُ إِذَا انْعَقَدَ بَعْدَ الْمَوْتِ
فَلَيْسَ بِحَالٍ أَهْلِيَّةِ الْإِجْبَابِ، وَإِنْ انْعَقَدَ قَبْلَهُ كَيْفَ يَجُوزُ بَيْعُهُ؟ فَالْجَوَابُ أَنَّهُ مَوْقُوفٌ،
فَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَى عَلَى الصِّفَةِ الَّتِي ذَكَرَهَا عَتَقَ كَمَا يُعْتَقُ الْمُدَبِّرُ مِنَ الثُّلَاثِ لِأَنَّهُ يَثْبُتُ حُكْمُ
التَّدْبِيرِ فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ لِتَحَقُّقِ تِلْكَ الصِّفَةِ حِينَئِذٍ، وَإِنْ عَاشَ بَطَلَ التَّدْبِيرُ
وَمِنْ الْمُقَيَّدِ أَنْ يَقُولَ إِنْ مِتَّ إِلَى سَنَةٍ أَوْ عَشْرَةِ سِنِينَ لَمَّا ذَكَرْنَا) يَعْنِي قَوْلُهُ لِلتَّرَدُّدِ فِي
تِلْكَ الصِّفَاتِ (بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ إِلَى مِائَةِ سَنَةٍ، وَمِثْلُهُ لَا يَعِيشُ إِلَيْهِ فِي الْغَالِبِ لِأَنَّهُ
كَالْكَائِنِ لَا مَحَالَةَ) وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ رَوَايَةُ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي الْمُتَقَيِّ، وَذَكَرَ
الْفَقِيهَ أَبُو اللَّيْثِ فِي نَوَازِلِهِ: لَوْ أَنَّ رَجُلًا قَالَ لِعَبْدِهِ أَتَيْتَ حُرًّا إِنْ مِتَّ إِلَى مِائَتَيْ سَنَةٍ؟

قَالَ أَبُو يُوسُفَ: هَذَا مُدَبِّرٌ مُقَيَّدٌ، وَلَهُ أَنْ يَبِيعَهُ. وَقَالَ الْحَسَنُ: هُوَ مُدَبِّرٌ لَا يَجُوزُ
بَيْعُهُ لِأَنَّهُ عَلِمَ أَنَّهُ لَا يَعِيشُ إِلَى تِلْكَ الْمُدَّةِ فَصَارَ كَأَنَّهُ قَالَ إِنْ مِتَّ فَأَنْتَ حُرٌّ، ثُمَّ لَوْ
مَاتَ قَبْلَ السَّنَةِ فِي الْأَوَّلِ أَوْ قَبْلَ عَشْرِ سِنِينَ فِي الثَّانِي عَتَقَ، وَلَوْ مَاتَ بَعْدَهُمَا لَمْ يُعْتَقَ
لِأَنَّهُ لَمْ يُوْجَدْ الشَّرْطُ فِي الْمُدَبِّرِ الْمُقَيَّدِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

باب الاستيلاء

(وَإِذَا وَلَدَتِ الْأُمُّ مِنْ مَوْلَاهَا فَقَدْ صَارَتْ أُمٌّ وَلَدٍ لَهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُهَا وَلَا تَمْلِكُهَا)
لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «اعْتَقَهَا وَلَدَهَا»^(١) أَخْبَرَ عَنْ إِعْتَاقِهَا فَيَثْبُتُ بَعْضُ مُوَاجِبِهِ
وَهُوَ حُرْمَةُ الْبَيْعِ، وَلِأَنَّ الْجُزْئِيَّةَ قَدْ حَصَلَتْ بَيْنَ الْوَاطِئِ وَالْمَوْطُوءَةِ بِوَاسِطَةِ الْوَلَدِ فَإِنْ
الْمَاءَيْنِ قَدْ اخْتَلَطَا بِحَيْثُ لَا يُمْكِنُ الْمَيَزُ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا عُرِفَ فِي حُرْمَةِ الْمَصَاهِرَةِ، إِلَّا أَنَّ
بَعْدَ الْانْفِصَالِ تَبَقَّى الْجُزْئِيَّةُ حُكْمًا لَا حَقِيقَةً فَضَعُفَ السَّبَبُ فَأَوْجَبَ حُكْمًا مُؤَجَّلًا إِلَى مَا
بَعْدَ الْمَوْتِ، وَبَقَاءُ الْجُزْئِيَّةِ حُكْمًا بِاعْتِبَارِ النَّسَبِ وَهُوَ مِنْ جَانِبِ الرِّجَالِ.

فَكَذَا الْحُرِّيَّةُ تَثْبُتُ فِي حَقِّهِمْ لَا فِي حَقِّهِنَّ، حَتَّى إِذَا مَلَكَتِ الْحُرَّةُ زَوْجَهَا وَهَدَتْ
وَلَدَتْ مِنْهُ لَمْ يُعْتَقِ الزَّوْجُ الَّذِي مَلَكَتْهُ بِمَوْتِهَا، وَيَثْبُوتُ عِتْقُ مُؤَجَّلٍ يَثْبُتُ حَقُّ الْحُرِّيَّةِ فِي

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٥١٦)، وانظر نصب الراية (٤٣٥/٣).

الْحَالُ فَيَمْنَعُ جَوَارُ الْبَيْعِ وَإِخْرَاجُهَا لَا إِلَى الْحُرِّيَّةِ فِي الْحَالِ وَيُوجِبُ عِتْقُهَا بَعْدَ مَوْتِهِ، وَكَذَا إِذَا كَانَ بَعْضُهَا مَمْلُوكًا لَهُ؛ لِأَنَّ الْاِسْتِيلَادَ لَا يَتَجَزَّأُ فَإِنَّهُ فَرَعُ النَّسَبِ فَيُعْتَبَرُ بِأَصْلِهِ.

الشرح:

(بَابُ الْاِسْتِيلَادِ): لَمَّا فَرَعَ مِنْ بَيَانِ التَّدْبِيرِ شَرَعَ فِي بَيَانِ الْاِسْتِيلَادِ عَقِبَهُ لِمُنَاسَبَةِ بَيِّنَتِهِمَا مِنْ حَيْثُ إِنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حَقَّ الْحُرِّيَّةِ لَا حَقِيقَتَهَا. وَالْاِسْتِيلَادُ: طَلَبُ الْوَلَدِ، فَأُمُّ الْوَلَدِ مِنَ الْأَسْمَاءِ الْعَالِيَةِ كَالصَّغِيرَةِ فِي الصِّفَاتِ الْعَالِيَةِ (إِذَا وَلَدَتْ الْأُمُّ مِنْ مَوْلَاهَا فَقَدْ صَارَتْ أُمًّا وَلَدَ لَهُ لَا يَحُوزُ يِعْهَهَا) وَلَا هِبَتَهَا (وَلَا تَمْلِكُهَا لِقَوْلِهِ ﷺ «لَمَّا وَلَدَتْ مَارِيَةَ إِبْرَاهِيمَ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَقِيلَ لَهُ أَلَا تُعْتِقُهَا أَعْتَقَهَا وَلَدَهَا» أَخْبَرَ عَنْ إِعْتَاقِهَا فَيُثْبِتُ بَعْضُ مُوجِبِهِ وَهُوَ حُرْمَةُ الْبَيْعِ) لِأَنَّ الْحَدِيثَ وَإِنْ دَلَّ عَلَى تَنْجِيزِ الْحُرِّيَّةِ لَكِنْ عَارِضُهُ مَا رُوِيَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ «أَيُّمَا رَجُلٍ وَلَدَتْ أُمَّتُهُ مِنْهُ فَهِيَ مُعْتَقَةٌ عَنْ ذُبْرِ مِنْهُ» فَعَلِمْنَا بِهِمَا جَمِيعًا وَمَنْعْنَا الْبَيْعَ بِالْحَدِيثِ الْأَوَّلِ وَالتَّنْجِيزَ بِالْحَدِيثِ الثَّانِي. وَلَا يُقَالُ مُحَلِّيةُ الْبَيْعِ مَعْلُومَةٌ فِيهَا يَتَقَيَّنُ فَلَا تَرْتَفِعُ إِلَّا بِتَقَيَّنٍ مِثْلِهِ وَخَبَرُ الْوَاحِدِ لَا يُوجِبُهُ. لِأَنَّا نَقُولُ: الْأَحَادِيثُ الدَّالَّةُ عَلَى عِتْقِهَا مِنَ الْمَشَاهِيرِ، وَقَدْ انْضَمَّ إِلَيْهَا الْإِجْمَاعُ الْلاحِقُ فَرَفَعَتْهَا. وَلِأَنَّ الْجُزْئِيَّةَ قَدْ حَصَلَتْ بَيْنَ الْوَاطِئِ وَالْمَوْطُوءَةِ بِوَاسِطَةِ الْوَلَدِ فَإِنَّ الْمَاءَيْنِ قَدْ اخْتَلَطَا بِحَيْثُ لَا يُمَكِّنُ التَّمْيِيزُ بَيِّنَتَهُمَا عَلَى مَا عُرِفَ فِي حُرْمَةِ الْمَصَاهِرَةِ وَهِيَ تَمْنَعُ يِعْهَهَا وَهِبَتَهَا لِأَنَّ بَيْعَ جُزْءِ الْحُرِّ وَهِبَتَهُ حَرَامٌ.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَتْ هَذِهِ الْجُزْئِيَّةُ مُعْتَبَرَةً لَتَنَجَزَّ الْعِتْقُ لِأَنَّ الْجُزْئِيَّةَ تُوجِبُهُ وَلَسْتُمْ بِقَائِلِينَ بِهِ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (إِلَّا أَنْ بَعْدَ الْاِنْفِصَالِ) يَعْنِي أَنَّ الْوَلَدَ إِمَّا يَعْلَمُ بَعْدَ الْاِنْفِصَالِ، وَبَعْدَ الْاِنْفِصَالِ (تَبْقَى الْجُزْئِيَّةُ حُكْمًا لَا حَقِيقَةً فَضَعُفَ السَّبَبُ فَأَوْجَبَ حُكْمًا مُؤَجَّلًا إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ) فَتَعَاوَدَ الْمَنْقُولُ بِالْمَعْقُولِ فِي إِثْبَاتِ الْحُكْمِ الْمُؤَجَّلِ إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ وَهُوَ الْعِتْقُ فَيَحْرُمُ يِعْهَهَا فِي الْحَالِ لِثُبُوتِ حَقِّ الْحُرِّيَّةِ فِيهَا.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَتْ الْجُزْئِيَّةُ بَاقِيَةً حُكْمًا لَعِتَقَ مَنْ مَلَكَتْهُ امْرَأَتُهُ الَّتِي وَلَدَتْ مِنْهُ بَعْدَ مَوْتِهَا وَلَيْسَ كَذَلِكَ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَبَقَاءُ الْجُزْئِيَّةِ حُكْمًا) وَمَعْنَاهُ أَنَّ بَقَاءَ الْجُزْئِيَّةِ حُكْمًا عِبَارَةً عَنْ ثَبَاتِ النَّسَبِ، وَالْأَصْلُ فِي ثَبَاتِ النَّسَبِ هُوَ الْأَبُ لِأَنَّ الْوَلَدَ يُنْسَبُ

إِلَيْهِ وَالْأُمُّ أَيْضًا بِوَاسِطَةِ الْوَلَدِ يُقَالُ أُمُّ وَلَدِ فُلَانٍ (فَكَذَلِكَ الْحُرِّيَّةُ تُثَبِّتُ فِي حَقِّهِمْ لَا فِي حَقِّهِنَّ).

وَقَوْلُهُ (وَكَذَا إِذَا كَانَ بَعْضُهَا مَمْلُوكًا لَهُ) يَعْنِي لَوْ كَانَتْ الْجَارِيَّةُ مُشْتَرَكَةً بَيْنَ رَجُلَيْنِ فَاسْتَوْلَدَهَا أَحَدُهُمَا كَانَتْ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ لِأَنَّ الْاسْتِيلَادَ لَا يَتَجَرَّأُ لِأَنَّهُ فَرَعٌ مَا لَا يَتَجَرَّأُ وَهُوَ النَّسَبُ فَيَعْتَبَرُ بِأَصْلِهِ.

فَإِنْ قِيلَ: فَقَدْ ذَكَرَ فِي بَابِ الْعَبْدِ يُعْتَقُ بَعْضُهُ وَالْاسْتِيلَادُ مُتَجَرِّئٌ عِنْدَهُ حَتَّى لَوْ اسْتَوْلَدَ نَصِيْبُهُ مِنْ مُدْبِرَةٍ يَقْتَصِرُ عَلَيْهِ الْخُفَا وَمَا وَجْهُ التَّوْفِيقِ بَيْنَ كَلَامَيْهِ؟

أُجِيبَ بِأَنَّ مَعْنَى قَوْلِهِ لَا يَتَجَرَّأُ يَتَمَلَّكُ نَصِيبَ صَاحِبِهِ بِالضَّمَّانِ مَعَ مَلِكٍ نَصِيبِهِ فَيَكْمُلُ الْاسْتِيلَادُ عَلَى مَا يَجِيءُ بَعْدَ هَذَا فِي هَذَا الْبَابِ لِأَنَّ نَصِيبَ صَاحِبِهِ قَابِلٌ لِلنَّقْلِ بِضَمَّانٍ الْمُسْتَوْلَدِ لِأَنَّ الْاسْتِيلَادَ وَقَعَ فِي الْقِنَّةِ وَهِيَ قَابِلَةٌ لِلانْتِقَالِ مِنْ مَلِكٍ إِلَى مَلِكٍ وَمَا ذَكَرَهُ هُنَاكَ مِنْ تَجَرُّؤِ الْاسْتِيلَادِ فَإِنَّمَا فَرَضَ الْمَسْأَلَةَ فِي الْمُدْبِرَةِ وَهِيَ غَيْرُ قَابِلَةٍ لِلنَّقْلِ فَكَانَ الْاسْتِيلَادُ مُقْتَصِرًا عَلَى نَصِيبِهِ فَيَتَجَرَّأُ الْاسْتِيلَادُ ضَرُورَةً فَكَانَ دَفْعُ التَّنَاقُضِ بِاعْتِبَارِ اخْتِلَافِ الْمَوْضُوعِ وَالْمَحَالِّ وَبِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ فِيهِ رِوَايَتَانِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُمَا جَعَلَا الْاسْتِيلَادَ مَقِيسًا عَلَيْهِ فِي أَنَّهُ لَا يَتَجَرَّأُ فَكَانَ مُجْمَعًا عَلَيْهِ. ثُمَّ أَجَابَ عَنْهُ أَبُو حَنِيفَةَ بِأَنَّهُ مُتَجَرِّئٌ عِنْدَهُ فِي ذَلِكَ الْبَابِ، وَمِثْلُ هَذَا كَانَ لِاخْتِلَافِ الرَّوَايَتَيْنِ، كَذَا فِي النِّهَايَةِ.

قَالَ: (وَلَهُ وَطْؤُهَا وَاسْتِخْدَامُهَا وَإِجَارَتُهَا وَتَزْوِيجُهَا) لِأَنَّ الْمَلِكَ فِيهَا قَائِمٌ فَأَشْبَهَتْ

الْمُدْبِرَةَ.

الشرح:

قَالَ (وَلَهُ وَطْؤُهَا وَاسْتِخْدَامُهَا وَإِجَارَتُهَا وَتَزْوِيجُهَا) قَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ الْاسْتِيلَادَ يُوجِبُ حَقَّ الْحُرِّيَّةِ لَا حَقِيقَتَهَا، فَكَانَ الْمَلِكُ فِيهَا قَائِمًا كَالْمُدْبِرَةِ فَجَازَ لَهُ أَنْ يَطَّأَهَا وَيَسْتِخْدِمَهَا وَيُؤْجِرَهَا وَيُزَوِّجَهَا قَبْلَ أَنْ يَسْتَبْرِئَهَا. فَإِنْ قِيلَ: شَعْلُ الرَّحِمِ بِمَائِهِ مُحْتَمَلٌ وَاحْتِمَالُ ذَلِكَ يَمْنَعُ جَوَازَ النِّكَاحِ كَمَا فِي الْمُعْتَدَةِ. أُجِيبَ بِأَنَّ مَحَلِّيَّةَ جَوَازِ النِّكَاحِ كَانَتْ ثَابِتَةً قَبْلَ الْوَطْءِ وَقَدْ وَقَعَ الشُّكُّ فِي زَوَالِهَا فَلَا تَرْتَفِعُ بِهِ، بِخِلَافِ النِّكَاحِ فَإِنَّ الْمُنْكَوْحَةَ خَرَجَتْ عَنْ مَحَلِّيَّةِ نِكَاحِ الْغَيْرِ فَلَا تَعُودُ إِلَيْهَا إِلَّا بَعْدَ الْفِرَاقِ حَقِيقَةً وَذَلِكَ

بَعْدَ الْعِدَّةِ.

(وَلَا يَثْبُتُ نَسَبٌ وَلَدِهَا إِلَّا أَنْ يَعْتَرِفَ بِهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْهُ وَإِنْ لَمْ يَدَّعِ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا ثَبَّتَ النِّسْبُ بِالْعَقْدِ فَلَاَنْ يَثْبُتَ بِالْوِطْءِ وَأَنَّهُ أَكْثَرُ إِفْضَاءٍ أَوَّلَى. وَلَنَا أَنْ وَطِئَ الْأُمَّةُ يُقْصَدُ بِهِ قَضَاءُ الشَّهْوَةِ دُونَ الْوَلَدِ؛ لَوْجُودِ الْمَانِعِ عَنْهُ فَلَا بُدَّ مِنَ الدَّعْوَةِ بِمَنْزِلَةِ مَالِكِ الْيَمِينِ مِنْ غَيْرِ وَطِئٍ، بِخِلَافِ الْعَقْدِ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ يَتَعَيَّنُ مَقْصُودًا مِنْهُ فَلَا حَاجَةَ إِلَى الدَّعْوَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا يَثْبُتُ نَسَبٌ وَلَدِهَا) أَيُّ وَلَدِ الْأُمَّةِ رُجُوعٌ إِلَى مَا ابْتَدَأَ بِهِ أَوَّلُ الْبَابِ بِقَوْلِهِ: إِذَا وَلَدَتِ الْأُمَّةُ مِنْ مَوْلَاهَا لَمَّا أَنْ وَلَدَ أُمُّ الْوَلَدِ يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْ غَيْرِ دَعْوَةٍ عَلَى مَا يَجِيءُ فِي قَوْلِهِ فَإِنْ جَاءَتْ بَعْدَ ذَلِكَ بِوَلَدٍ يَثْبُتُ نَسَبُهُ بِغَيْرِ إِقْرَارٍ، وَحُكْمِ الْمُدَبَّرَةِ كَحُكْمِ الْأُمَّةِ فِي أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ النِّسْبُ مِنْهَا بِدُونِ دَعْوَةِ الْمَوْلَى. وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنْ يَعْتَرِفَ بِهِ) أَيُّ بِالْوَلَدِ وَالْاعْتِرَافُ بِالْوِطْءِ غَيْرُ مُلْزِمٍ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْهُ وَإِنْ لَمْ يَدَّعِ لِأَنَّهُ لَمَّا ثَبَّتَ النِّسْبُ بِالْعَقْدِ) أَيُّ بِالنِّكَاحِ الَّذِي هُوَ مُفْضٍ إِلَى الْوِطْءِ (فَلَاَنْ يَثْبُتَ بِهِ وَهُوَ أَكْثَرُ إِفْضَاءٍ أَوَّلَى. وَلَنَا أَنْ وَطِئَ الْأُمَّةُ يُقْصَدُ بِهِ قَضَاءُ الشَّهْوَةِ دُونَ الْوَلَدِ لَوْجُودِ الْمَانِعِ عَنْهُ) أَيُّ عَنْ طَلَبِ الْوَلَدِ وَهُوَ سَقُوطُ التَّقْوَمِ عِنْدَهُ وَتُقْصَانُ الْقِيَمَةِ عِنْدَهُمَا أَوْ عَدَمُ نَجَابَةِ أَوْلَادِ الْإِمَاءِ عِنْدَهُمْ (فَلَا بُدَّ مِنَ الدَّعْوَةِ بِمَنْزِلَةِ الْيَمِينِ مِنْ غَيْرِ وَطِئٍ) فَإِنَّهُ لَا يَثْبُتُ النِّسْبُ فِيهِ بِغَيْرِ الدَّعْوَةِ (بِخِلَافِ الْعَقْدِ لِأَنَّ الْوَلَدَ يَتَعَيَّنُ مَقْصُودًا مِنْهُ فَلَا حَاجَةَ إِلَى الدَّعْوَةِ) لَا يُقَالُ: النِّسْبُ بِاعْتِبَارِ الْجُرْيَةِ أَوْ بِمَا وُضِعَ لَهَا وَالْقَصْدُ وَعَدَمُهُ لَا مَدْخَلَ لَهُ فِي ذَلِكَ. لِأَنَّا نَقُولُ: لَوْ كَانَ ذَلِكَ مَذَارَةً لَثَبَّتْ مِنَ الزَّانِي وَلَيْسَ كَذَلِكَ، وَإِنَّمَا النَّظَرُ إِلَى الْمَوْضُوعَاتِ الْأَصْلِيَّةِ وَالْعَقْدُ مَوْضُوعٌ لَذَلِكَ فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى الدَّعْوَةِ وَوِطْءِ الْأُمَّةِ لَيْسَ بِمَوْضُوعٍ لَهَا فَيَحْتَاجُ إِلَيْهَا.

(فَإِنْ) جَاءَتْ بَعْدَ ذَلِكَ بِوَلَدٍ ثَبَّتَ نَسَبُهُ بِغَيْرِ إِقْرَارٍ) مَعْنَاهُ بَعْدَ اعْتِرَافٍ مِنْهُ بِالْوَلَدِ الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ بِدَعْوَى الْوَلَدِ الْأَوَّلِ تَعَيَّنَ الْوَلَدُ مَقْصُودًا مِنْهَا فَصَارَتْ فِرَاشًا كَالْمَعْقُودَةِ (إِلَّا أَنَّهُ إِذَا نَفَاهُ يَنْتَفِي بِقَوْلِهِ)؛ لِأَنَّ فِرَاشَهَا ضَعِيفٌ حَتَّى يَمْلِكَ نَقْلَهُ بِالتَّزْوِيجِ، بِخِلَافِ الْمَنْكُوحَةِ حَيْثُ لَا يَنْتَفِي الْوَلَدُ بِنَفْسِهِ إِلَّا بِاللَّعَانِ؛ لِتَأَكُّدِ الْفِرَاشِ حَتَّى لَا يَمْلِكَ إِبْطَالُهُ

بِالتَّزْوِيجِ، وَهَذَا الَّذِي ذَكَرْنَاهُ حُكْمٌ. فَأَمَّا الدِّيَانَةُ، فَإِنْ كَانَ وَطْنُهَا وَحَصْنُهَا وَلَمْ يَعَزَلْ عَنْهَا يَلْزِمُهُ أَنْ يَعْتَرِفَ بِهِ وَيَدَّعِي؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْوَلَدَ مِنْهُ، وَإِنْ عَزَلَ عَنْهَا أَوْ لَمْ يُحَصِّنْهَا جَازَ لَهُ أَنْ يَنْفِيهِ؛ لِأَنَّ هَذَا الظَّاهِرَ يُقَابِلُهُ ظَاهِرٌ آخَرُ، هَكَذَا رُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَفِيهِ رَوَايَتَانِ أُخْرَيَانِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ ذَكَرْنَاهُمَا فِي كِفَايَةِ الْمُنْتَهَى.

الشرح:

فَإِنْ جَاءَتْ بَعْدَ ذَلِكَ بَوْلِدٌ يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْ غَيْرِ إِقْرَارٍ إِذَا كَانَ قَدْ اعْتَرَفَ بِالْوَلَدِ الْأَوَّلِ لِأَنَّهُ يَدَّعُو الْأَوَّلَ تَعَيَّنَ الْوَلَدُ مَقْصُودًا مِنْهَا فَصَارَتْ فِرَاشًا كَالْمَعْقُودَةِ إِلَّا أَنَّهُ إِذَا نَفَاهُ يَنْتَفِي بِقَوْلِهِ مِنْ غَيْرِ لَعَانٍ مَا لَمْ يَقْضِ الْقَاضِي بِهِ أَوْ لَمْ تَتَطَاوَلِ الْمُدَّةُ، فَأَمَّا بَعْدَ قَضَاءِ الْقَاضِي فَقَدْ أَلْزَمَهُ بِهِ عَلَى وَجْهِ لَا يَمْلِكُ إِبْطَالُهُ، وَكَذَلِكَ بَعْدَ التَّطَاوُلِ لِأَنَّهُ يُوجَدُ مِنْهُ دَلِيلُ الْإِقْرَارِ فِي هَذِهِ الْمُدَّةِ مِنْ قَبُولِ التَّهْنِئَةِ وَنَحْوِهِ، وَذَلِكَ كَالْتَّصْرِيحِ بِالْإِقْرَارِ، وَاخْتِلَافُهُمْ فِي مُدَّةِ التَّطَاوُلِ قَدْ سَبَقَ فِي اللَّعَانِ. وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ فِرَاشَهَا ضَعِيفٌ) وَاضِحٌ. قَوْلُهُ (وَهَذَا الَّذِي ذَكَرْنَاهُ) أَيُّ عَدَمِ ثُبُوتِ نَسَبِ وَلَدِ الْأُمَةِ بِدُونِ الدَّعْوَةِ (حُكْمٌ) قَضَاءِ الْقَاضِي (فَأَمَّا الدِّيَانَةُ) يَعْنِي فِيمَا بَيْنَهُ وَيَبْنَ اللَّهُ تَعَالَى، فَلَا اعْتِرَافَ بِهِ وَالدَّعْوَى إِنْ وَطَّنَهَا وَحَصَّنَهَا وَلَمْ يَعَزَلْ عَنْهَا، وَالْمُرَادُ بِالتَّحْصِينِ هُوَ أَنْ يَحْفَظَهَا عَمَّا يُوجِبُ رِبَّةَ الرِّثَا. وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ هَذَا الظَّاهِرَ) وَهُوَ أَنَّ الْوَلَدَ مِنْهُ عِنْدَ التَّحْصِينِ وَعَدَمِ الْعَزْلِ (يُقَابِلُهُ) أَيُّ يُعَارِضُهُ (ظَاهِرٌ آخَرُ) وَهُوَ الْعَزْلُ أَوْ تَرْكُ التَّحْصِينِ.

وَقَوْلُهُ (وَفِيهِ رَوَايَتَانِ أُخْرَيَانِ) فِي بَعْضِ النُّسخِ أُخْرَوَانِ وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ. وَقَوْلُهُ (عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَعَنْ مُحَمَّدٍ) قِيلَ فَأَيْدَةُ تَكَرَّرَ " عَنْ " دَفْعُ وَهْمٍ مَنْ يَتَوَهَّمُ أَنَّ الرِّوَايَتَيْنِ عَنْهُمَا بِاتِّفَاقِهِمَا فَإِنَّهُ لَيْسَ كَذَلِكَ، وَإِنَّمَا عَنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا رِوَايَةٌ تُخَالِفُ رِوَايَةَ الْآخَرِ، فَأَمَّا رِوَايَةُ أَبِي يُوسُفَ فَهِيَ أَنَّهُ إِذَا وَطَّنَهَا وَلَمْ يَسْتَبْرِئْهَا بَعْدَ ذَلِكَ حَتَّى جَاءَتْ بِوَلَدٍ فَعَلَيْهِ أَنْ يَدَّعِيَهُ سَوَاءً عَزَلَ عَنْهَا أَوْ لَمْ يَعَزَلْ، حَصَّنَهَا أَوْ لَمْ يُحَصِّنْهَا تَحْسِينًا لِلظَّنِّ بِهَا وَحَمَلًا لِأَمْرِهَا عَلَى الصَّلَاحِ مَا لَمْ يَتَبَيَّنْ خِلَافُهُ، وَأَمَّا رِوَايَةُ مُحَمَّدٍ فَهِيَ أَنَّهُ لَا يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يَدَّعِيَهُ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ أَنَّهُ مِنْهُ، وَلَكِنْ يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يُعْتَقَ الْوَلَدَ وَيَسْتَمْتَعَ بِهَا وَيُعِيقَهَا بَعْدَ مَوْتِهِ لِأَنَّ اسْتِلْحَاقَ نَسَبٍ لَيْسَ مِنْهُ لَا يَحِلُّ شَرْعًا فَيَحْتَاطُ مِنْ

الْجَانِبَيْنِ، وَذَلِكَ فِي أَنْ لَا يَدْعِي النَّسَبَ، وَلَكِنْ يُعْتَقُ الْوَلَدُ وَيُعْتَقُهَا بَعْدَ مَوْتِهِ لَاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ مِنْهُ.

وَمَا ذَكَرَهُ أَبُو حَنِيفَةَ هُوَ الْأَصْلُ لِأَنَّهُ إِذَا وَطَّئَهَا وَلَمْ يَعْزَلْ وَحَصَّنَهَا فَالظَّاهِرُ أَنَّ الْوَلَدَ مِنْهُ فَيَلْزَمُهُ أَنْ يَدْعِي، وَإِنْ لَمْ يُحْصِنْ أَوْ عَزَلَ فَقَدْ وَقَعَ الْإِحْتِمَالُ فَلَا يَلْزَمُهُ الْإِعْتِرَافُ بِالشُّكِّ.

(فَإِنْ زَوَّجَهَا فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَهُوَ فِي حُكْمِ أُمِّهِ)؛ لِأَنَّ حَقَّ الْحُرِّيَّةِ يَسْرِي إِلَى الْوَلَدِ كَالْتَدْبِيرِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ وَلَدَ الْحُرَّةِ حُرٌّ وَوَلَدَ الْقَتْنَةِ رَهَبِيُّ وَالنَّسَبُ يَثْبُتُ مِنَ الزَّوْجِ؛ لِأَنَّ الْفِرَاشَ لَهُ، وَإِنْ كَانَ النِّكَاحُ فَاسِدًا إِذِ الْفَاسِدُ مُلْحَقٌ بِالصَّحِيحِ فِي حَقِّ الْأَحْكَامِ، وَلَوْ ادَّعَاهُ الْمَوْلَى لَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ ثَابِتُ النَّسَبِ مِنْ غَيْرِهِ، وَيُعْتَقُ الْوَلَدُ وَتَصِيرُ أُمُّهُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ لِإِقْرَارِهِ.

الشرح:

(فَإِنْ زَوَّجَهَا فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَهُوَ فِي حُكْمِ أُمِّهِ) لِأَنَّ الْأَوْصَافَ الْقَارَةَ فِي الْأُمَّهَاتِ تَسْرِي إِلَى الْأَوْلَادِ وَالنَّسَبُ يَثْبُتُ مِنَ الزَّوْجِ لِأَنَّ الْفِرَاشَ لَهُ بِالنِّكَاحِ وَإِنْ كَانَ النِّكَاحُ فَاسِدًا بَعْدَمَا اتَّصَلَ بِهِ الدُّخُولُ لِأَنَّ الْفَاسِدَ مُلْحَقٌ بِالصَّحِيحِ فِي حَقِّ الْأَحْكَامِ، وَمِنْ الْأَحْكَامِ ثُبُوتُ النَّسَبِ وَعَدَمُ جَوَازِ الْبَيْعِ وَالْوَصِيَّةِ، وَإِذَا كَانَ الْفَاسِدُ مِنْهُ مُلْحَقًا بِالصَّحِيحِ كَانَ أَقْوَى مِنْ فِرَاشِ أُمِّ الْوَلَدِ. وَقَوْلُهُ (لَوْ ادَّعَاهُ الْمَوْلَى) مَعْنَاهُ إِذَا زَوَّجَ الْمَوْلَى أُمَّتَهُ فَوَلَدَتْ فَادَّعَاهُ الْمَوْلَى لَا يَثْبُتُ النَّسَبُ مِنْهُ لِأَنَّهُ ثَابِتُ النَّسَبِ مِنْ غَيْرِهِ، وَيُعْتَقُ الْوَلَدُ وَتَصِيرُ أُمُّهُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ لِإِقْرَارِهِ، وَإِنَّمَا فَسَّرْنَا كَلَامَهُ بِذَلِكَ لَيْسَتْ قَوْلُهُ وَتَصِيرُ أُمُّهُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ لِأَنَّ أُمُومِيَّةَ أُمِّ الْوَلَدِ ثَابِتَةٌ قَبْلَ هَذِهِ الدَّعْوَةِ فَلَا يَسْتَقِيمُ حِينَئِذٍ قَوْلُهُ وَتَصِيرُ أُمُّهُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ، هَكَذَا يُقَالُ عَنْ قَوَائِدِ مَوْلَانَا حُمَيْدِ الدِّينِ الضَّرِيرِ.

فَإِنْ قِيلَ: يَتَبَعِي أَنْ لَا تَصِيرَ أُمُّهُ أُمَّ وَلَدٍ لِمَوْلَاهُ لِأَنَّ أُمِّيَّةَ الْوَلَدِ مَبْنِيَّةٌ عَلَى ثُبُوتِ النَّسَبِ بِدَعْوَةِ الْوَلَدِ، فَإِذَا لَمْ يَثْبُتِ الْأَصْلُ مِنْهُ كَيْفَ يَثْبُتُ الْفَرْعُ؟ أَجِيبَ بِأَنَّ مُجَرَّدَ الْإِقْرَارِ بِالْإِسْتِيلَادِ كَافٍ لثُبُوتِهِ، وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ الْإِقْرَارُ فِي ضِمْنِ شَيْءٍ لَمْ يَثْبُتْ ذَلِكَ الشَّيْءُ لِمُضَادَّةِ إِقْرَارِ الْمَوْلَى فِي مَحَلِّهِ وَهُوَ الْمِلْكُ، وَهَذَا لَاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ الْوَلَدُ ثَابِتَ النَّسَبِ مِنَ الْمَوْلَى بِعُلُوقِ سَبْقِ النِّكَاحِ أَوْ بِشُبُهَةِ بَعْدِ النِّكَاحِ، إِلَّا أَنْ هَذَا الْإِحْتِمَالُ غَيْرُ

مُعْتَبَرٍ فِي حَقِّ النَّسَبِ لثُبُوتِ النَّسَبِ مِنَ الزَّوْجِ وَاسْتِعْنَائِهِ عَنِ النَّسَبِ فَبَقِيَ مُعْتَبَرًا فِي حَقِّ الْأُمِّ لاحتِاجِهَا إِلَى أَنْ تُصِيرَ أُمٌّ وَلَدٍ.

(وَإِذَا مَاتَ الْمَوْلَى عَتَقَتْ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ) لِحَدِيثِ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ بِعِتْقِ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ وَأَنْ لَا يُبْعَنَ فِي دَيْنٍ وَلَا يُجْعَلَنَّ مِنَ الثَّلَاثِ»^(١). وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ إِلَى الْوَلَدِ أَصْلِيَّةٌ فَتَقَدَّمَ عَلَى حَقِّ الْوَرَثَةِ وَالْدَيْنِ كَالْتَكْفِينِ، بِخِلَافِ التَّدْبِيرِ؛ لِأَنَّهُ وَصِيَّةٌ بِمَا هُوَ مِنْ زَوَائِدِ الْحَوَائِجِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا مَاتَ الْمَوْلَى عَتَقَتْ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ) سَوَاءً كَانَ زَوْجُهَا أَوْ لَا لَمَّا رَوَاهُ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ مِنْ حَدِيثِ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ بِعِتْقِ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ وَأَنْ لَا يُبْعَنَ فِي دَيْنٍ وَلَا يُجْعَلَنَّ مِنَ الثَّلَاثِ» وَمَعْنَى قَوْلِهِ أَمَرَ حَكَمَ لَا الْأَمْرُ الْمُصْطَلَحُ فَإِنَّهُمْ يُعْتَقْنَ بَعْدَ الْمَوْتِ كَمَا تَقَدَّمَ وَإِنَّمَا نَكَرَ الدَّيْنَ نَفْيًا لِلسَّعَايَةِ لِلْغُرَمَاءِ وَالْوَرَثَةِ وَلَا يُجْعَلُ مِنَ الثَّلَاثِ تَأْكِيدٌ لِأَنَّهُ فُهِمَ ذَلِكَ مِنْ قَوْلِهِ وَأَنْ لَا يُبْعَنَ فِي دَيْنٍ، وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ إِلَى الْوَلَدِ أَصْلِيَّةٌ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ يَحْتَاجُ إِلَى إِبْقَاءِ نَسْلِهِ كَمَا أَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى إِبْقَاءِ نَفْسِهِ، وَكُلُّ مَا كَانَ مِنَ الْحَوَائِجِ الْأَصْلِيَّةِ يُقَدَّمُ عَلَى حَقِّ الْوَرَثَةِ وَالْغُرَمَاءِ كَالْتَجْهِيزِ وَالتَّكْفِينِ (بِخِلَافِ التَّدْبِيرِ لِأَنَّهُ وَصِيَّةٌ بِمَا هُوَ مِنْ زَوَائِدِ الْحَوَائِجِ).

(وَلَا سَعَايَةٌ عَلَيْهَا فِي دَيْنِ الْمَوْلَى لِلْغُرَمَاءِ) لَمَّا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِمَالٍ مُتَقَوِّمٍ حَتَّى لَا تُضْمَنَ بِالْغَضَبِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهَا حَقُّ الْغُرَمَاءِ كَالْقِصَاصِ، بِخِلَافِ الْمُدَبَّرِ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا سَعَايَةٌ عَلَيْهَا) أَيُّ عَلَى أُمِّ الْوَلَدِ (فِي دَيْنِ الْمَوْلَى لِلْغُرَمَاءِ لَمَّا رَوَيْنَا) أَنْ الْحَاجَةَ إِلَى الْوَلَدِ أَصْلِيَّةٌ إِنْجٍ، وَفِي بَعْضِ النُّسخِ لَمَّا رَوَيْنَا يَعْنِي مِنْ حَدِيثِ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ. وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَمَّا قَالَ "وَلَا يُبْعَنُ" ذَلَّ عَلَى انْتِفَاءِ الْمَالِيَّةِ، وَإِذَا عُدِمَتْ مَالِيَّتُهَا لَمْ يَبْقَ عَلَيْهَا سَعَايَةٌ. وَقَوْلُهُ (وَلَا لَهَا) يَعْنِي أُمُّ الْوَلَدِ (لَيْسَتْ بِمَالٍ مُتَقَوِّمٍ) حَتَّى لَوْ غَضِبَهَا رَجُلٌ وَمَاتَتْ عِنْدَهُ لَا يَضْمَنُهَا الْعَاصِبُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لِأَنَّ مَالِيَّتَهَا غَيْرُ مُتَقَوِّمَةٍ عِنْدَهُ

(١) قَالَ الزَّيْلَعِيُّ فِي نَصَبِ الرَّايَةِ (٤٣٨/٣): غَرِيبٌ.

وَقَدْ تَقَدَّمَ (فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهَا حَقُّ الْغُرْمَاءِ كَالْقِصَاصِ) فَإِنَّ مَنْ لَهُ الْقِصَاصُ إِذَا مَاتَ وَهُوَ مَدْيُونٌ لَيْسَ لِأَرْبَابِ الدُّيُونِ أَنْ يَأْخُذُوا مِنْ عَلَيْهِ الْقِصَاصَ بِدَيْنِهِمْ وَيَسْتَوْفُوا مِنْهُ دُيُونَهُمْ بِمُقَابَلَةِ مَا وَجَبَ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ مِنْ مَدْيُونِهِمْ لِأَنَّ الْقِصَاصَ لَيْسَ بِمَالٍ مُتَقَوِّمٌ حَتَّى يَأْخُذُوا مِنْهُ بِمُقَابَلَتِهِ شَيْئًا مُتَقَوِّمًا، وَكَذَا إِذَا قُتِلَ الْمَدْيُونُ شَخْصًا لَا يَقْدِرُ الْغُرْمَاءُ عَلَى مَنَعِ وَلِيِّ الْقِصَاصِ مِنْ اسْتِيفَاءِ الْقِصَاصِ، وَكَذَا إِذَا قُتِلَ رَجُلٌ مَدْيُونًا وَالْمَدْيُونُ قَدْ عَفَا لَا يَقْدِرُ الْغُرْمَاءُ عَلَى مَنَعِ الْمَدْيُونِ عَنِ الْعَفْوِ.

(وَإِذَا أَسْلَمَتْ أُمُّ وَلَدِ النَّصْرَانِيِّ فَعَلَيْهَا أَنْ تَسْعَى فِي قِيَمَتِهَا) وَهِيَ بِمَنْزِلَةِ الْمَكَاتِبِ لَا تُعْتَقُ حَتَّى تُؤَدِّي السَّعَايَةَ. وَقَالَ زُهْرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: تُعْتَقُ فِي الْحَالِ وَالسَّعَايَةُ دَيْنٌ عَلَيْهَا، وَهَذَا الْخِلَافُ فِيمَا إِذَا عُرِضَ عَلَى الْمَوْلَى الْإِسْلَامُ فَأَبَى، فَإِنْ أَسْلَمَ تَبَقَّى عَلَى حَالِهَا. لَهُ أَنْ إِزَالَةَ الدُّلِّ عَنْهَا بَعْدَمَا أَسْلَمَتْ وَاجِبَةٌ وَذَلِكَ بِالْبَيْعِ أَوْ الْإِعْتَاقِ وَقَدْ تَعَذَّرَ الْبَيْعُ فَتُعَيَّنَ الْإِعْتَاقُ. وَلَنَا أَنَّ النُّظَرَ مِنَ الْجَانِبَيْنِ فِي جَعْلِهَا مَكَاتِبَةً؛ لِأَنَّهُ يَنْدَفِعُ الدُّلُّ عَنْهَا بِصِيرُورَتِهَا حُرَّةً يَدًا وَالضَّرَرُ عَنِ الدِّمِيِّ لِانْبِعَاثِهَا عَلَى الْكَسْبِ نَيْلًا لَشَرَفِ الْحُرِّيَّةِ فَيَصِلُ الدِّمِيُّ إِلَى بَدَلٍ مِلْكِهِ، أَمَّا لَوْ أُعْتِقَتْ وَهِيَ مُفْلِسَةٌ تَتَوَانَى فِي الْكَسْبِ وَمَالِيَّةٌ أُمُّ الْوَلَدِ يَعْتَقِدُهَا الدِّمِيُّ مُتَقَوِّمَةً فَيُتْرَكُ وَمَا يَعْتَقِدُهُ، وَلَئِنْهَا إِنْ لَمْ تَكُنْ مُتَقَوِّمَةً فَهِيَ مُحْتَرَمَةٌ، وَهَذَا يَكْفِي لَوْجُوبِ الضَّمَانِ كَمَا فِي الْقِصَاصِ الْمَشْتَرَكِ إِذَا عَفَا أَحَدُ الْأَوْلِيَاءِ يَجِبُ الْمَالُ لِلْبَاقِينَ.

الشرح:

(وَإِذَا أَسْلَمَتْ أُمُّ وَلَدِ النَّصْرَانِيِّ فَعَلَيْهَا أَنْ تَسْعَى فِي قِيَمَتِهَا) وَهِيَ ثُلُثُ قِيَمَتِهَا فَتَّةٌ عَلَى مَا تَقَدَّمَ وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَاسْتَشْكَلَ الْقَوْلَ بِالسَّعَايَةِ عَلَيْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ مَعَ أَنَّ مَالِيَّةً أُمُّ الْوَلَدِ غَيْرُ مُتَقَوِّمَةٍ عِنْدَهُ، فَإِنَّ الْقَوْلَ بِالسَّعَايَةِ قَوْلٌ بِالتَّقْوِيمِ إِذِ السَّعَايَةُ بَدَلُ مَا ذَهَبَ مِنْ مَالِئِهَا. وَقَوْلُهُ (وَمَالِيَّةٌ أُمُّ الْوَلَدِ يَعْتَقِدُهَا الدِّمِيُّ مُتَقَوِّمَةً فَيُتْرَكُ وَمَا يَعْتَقِدُهُ) جَوَابٌ عَنْ هَذَا الْإِشْكَالِ. وَقَوْلُهُ (وَلَئِنْهَا) يَعْنِي مَالِيَّةٌ أُمُّ الْوَلَدِ (إِنْ لَمْ تَكُنْ مُتَقَوِّمَةً فَهِيَ مُحْتَرَمَةٌ وَهَذَا) أَيُّ كَوْنِهَا مُحْتَرَمَةٌ (يَكْفِي لَوْجُوبِ الضَّمَانِ) جَوَابٌ آخَرُ لَذَلِكَ الْإِشْكَالِ.

وَاعْتَرِضَ عَلَيْهِ بِأَنَّ الْأَحْتِرَامَ لَوْ كَانَ كَافِيًا لَوْجُوبِ الضَّمَانِ لَوْجَبَ عَلَى غَاصِبِ أُمِّ الْوَلَدِ.

وَأُجِيبَ بِأَنْ مَبْتَى الضَّمَانِ فِي الْعَصَبِ عَلَى الْمَائِلَةِ، وَلَا مُمَائِلَةَ بَيْنَ مَالِيَّتِهَا لِاتِّفَاءِ تَقْوَمِهَا وَبَيْنَ مَا يَضْمَنُ بِهِ مِنَ الْمَالِ الْمُتَقَوِّمِ، وَهَذَا عَلَى طَرِيقَةِ تَخْصِصِ الْعِلَلِ وَقَدْ تَقَدَّمَ الْكَلَامُ فِي مِثْلِهِ. وَقَوْلُهُ (كَمَا فِي الْقِصَاصِ الْمُسْتَرْكِ) يَعْنِي إِذَا كَانَ الْقِصَاصُ مُشْتَرَكًا بَيْنَ جَمَاعَةٍ وَعَفَا أَحَدُهُمْ يَجِبُ الْمَالُ لِلْبَاقِينَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الْقِصَاصُ مَالًا مُتَقَوِّمًا لَكِنَّهُ حَقٌّ مُحْتَرَمٌ فَجَازَ أَنْ يَكُونَ مُوجِبًا لِلضَّمَانِ لِاحْتِبَاسِ نَصِيبِ الْآخَرِينَ عِنْدَهُ بِعَفْوِ أَحَدِهِمْ.

(وَلَوْ مَاتَ مَوْلَاهَا عَتَقَتْ بِهَا سَعَايَةَ)؛ لِأَنَّهَا أُمُّ وَلَدٍ لَهُ، وَلَوْ عَجَزَتْ فِي حَيَاتِهِ لَا تُرَدُّ قِنَّةً؛ لِأَنَّهَا لَوْ رُدَّتْ قِنَّةً أُعِيدَتْ مَكَاتِبَةٌ لِقِيَامِ الْمُوجِبِ.

الشرح:

(وَلَوْ مَاتَ مَوْلَاهَا) وَهُوَ النَّصْرَانِيُّ (عَتَقَتْ بِهَا سَعَايَةَ لِأَنَّهَا أُمُّ وَلَدٍ وَلَوْ عَجَزَتْ فِي حَيَاتِهِ لَا تُرَدُّ قِنَّةً، لِأَنَّهَا لَوْ رُدَّتْ قِنَّةً أُعِيدَتْ مَكَاتِبَةٌ لِقِيَامِ الْمُوجِبِ) وَهُوَ إِسْلَامُهَا مَعَ كُفْرِ مَوْلَاهَا.

(وَمَنْ اسْتَوْلَدَ أُمَّةً غَيْرَهُ بِنِكَاحٍ ثُمَّ مَلَكَهَا صَارَتْ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا تَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ، وَلَوْ اسْتَوْلَدَهَا بِمِلْكٍ يَمِينٍ ثُمَّ اسْتَحِقَّتْ ثُمَّ مَلَكَهَا تَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ عِنْدَنَا، وَلَهُ فِيهِ قَوْلَانِ وَهُوَ وَلَدُ الْمَغْرُورِ. لَهُ أَنَّهَا عَلَقَتْ بِرَقِيقٍ فَلَا تَكُونُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ كَمَا إِذَا عَلَقَتْ مِنَ الزَّانَا ثُمَّ مَلَكَهَا الزَّانِي، وَهَذَا؛ لِأَنَّ أُمُومِيَّةَ الْوَلَدِ بِاعْتِبَارِ عُلُوقِ الْوَلَدِ حُرًّا؛ لِأَنَّهُ جُزْءُ الْأُمِّ فِي تِلْكَ الْحَالَةِ وَالْجُزْءُ لَا يُخَالِفُ الْكُلَّ.

وَلَنَا أَنَّ السَّبَبَ هُوَ الْجُزْئِيَّةُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ، وَالْجُزْئِيَّةُ إِنَّمَا تَثْبُتُ بَيْنَهُمَا بِنِسْبَةِ الْوَلَدِ الْوَاحِدِ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَمَا وَقَدْ ثَبَّتَ النَّسَبُ فَتَثْبُتُ الْجُزْئِيَّةُ بِهِذِهِ الْوَاسِطَةِ، بِخِلَافِ الزَّانَا؛ لِأَنَّهُ لَا نَسَبَ فِيهِ لِلْوَلَدِ إِلَى الزَّانِي، وَإِنَّمَا يُعْتَقُ عَلَى الزَّانِي إِذَا مَلَكَهُ؛ لِأَنَّهُ جُزْؤُهُ حَقِيقَةٌ بِغَيْرِ وَاسِطَةٍ. نَظِيرُهُ مَنْ اشْتَرَى أَخَاهُ مِنَ الزَّانَا لَا يُعْتَقُ؛ لِأَنَّهُ يُنْسَبُ إِلَيْهِ بِوَاسِطَةِ نِسْبَتِهِ إِلَى الْوَالِدِ وَهِيَ غَيْرُ ثَابِتَةٍ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَلَوْ اسْتَوْلَدَهَا) صُورَةُ الْمَسْأَلَةِ ظَاهِرَةٌ. وَتَقْرِيرُ وَجْهِ الشَّافِعِيِّ هَذِهِ عَلَقَتْ بِرَقِيقٍ وَهُوَ ظَاهِرٌ: وَمَنْ عَلَقَتْ بِرَقِيقٍ لَا تَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ لَمَنْ عَلَقَتْ مِنْهُ، لِأَنَّ أُمُومِيَّةَ الْوَلَدِ

باعتبار علوق الولد حراً لأنه جزء الأم في تلك الحالة: أي في حالة العلوق والجزء لا يخالف الكل. وفي صورة النزاع ليس كذلك لأن الأم رقيقة لمولاهما في تلك الحالة: أي في حالة العلوق، فلو انعلق الولد حراً كان الجزء مخالفاً للكل.

وقوله (كما إذا علقت من الزنا ثم ملكها الزاني) أي لا تكون أم ولد لتكون العلوق ليس من مولاهما، قيل في كلامه نسامح لأن قوله هذا يدل على أن علة الاستيلاء كون العلوق من مولاهما وهذا لا يثبت إذا علقت من الزنا. وقوله (وهذا لأن أمومية الولد باعتبار علوق الولد حراً) يدل على أن هذا هو العلة وهو المشهور عنه وذلك مغاير للأول، وهذا فاسد لأن العلة هو علوق الولد حراً عنده ليس إلا، وفي صورة الزنا إنما لم يثبت أمومية الولد لأن الولد انعلق رقيقاً لأن المزنني في تلك الحالة ملك مولاهما (ولنا أن سبب الاستيلاء هو الجزئية الحاصلة بين الوالدين على ما ذكرنا من قبل) أول الباب حيث قال ولأن الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة، والجزئية إنما تثبت بينهما بنسبة الولد إلى كل منهما كملاً، وقد ثبت النسب بالنكاح فثبتت الجزئية بهذه الواسطة، وإذا ثبتت الجزئية ثبتت أمومية الولد. وقوله (بخلاف الزنا) جواب عن قوله كما إذا علقت بالزنا لأنه لا نسب فيه: أي في الزنا (للولد إلى الزاني) فلا تثبت الجزئية المعتبرة في الباب وهو الجزئية الحكمية فلا تثبت أمومية الولد. فإن قيل: لما لم يثبت النسب من الزاني فعلم يعتق عليه الولد من الزنا إذا ملكه؟ أجاب بقوله (وإنما يعتق على الزاني إذا ملكه لأنه جزءه حقيقة بغير واسطة)، بخلاف أمومية الولد فإنها تثبت بواسطة نسبة الولد والنسبة عن الزاني منقطعة فكان أمومية الولد من الزنا (نظير من اشترى أخاه من الزنا لا يعتق عليه لأنه) أي الأخ (ينسب إليه بواسطة نسبه إلى الوالد وهي غير ثابتة) والمراد بالأخ الأخ لأب، وأما الأخ لأم فإنه يعتق عليه إذا ملكه وإن كان من الزنا لأن النسبة بينهما ثابتة.

(وإذا وطئ جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه وصارت أم ولد له وعليه قيمتها وليس عليه عقرها ولا قيمة ولدها) وقد ذكرنا المسألة بدلائلها في كتاب النكاح من هذا الكتاب، وإنما لا يضمن قيمة الولد؛ لأنه انعلق حر الأصل لاستناد الملك إلى ما قبل الاستيلاء.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا وَطِئَ جَارِيَةَ ابْنِهِ) ظَاهِرٌ.

(وَأَنَّ وَطِئَ أَبُو الْأَبِ مَعَ بَقَاءِ الْأَبِ لَمْ يَثْبُتِ النَّسَبُ)؛ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لِلْجَدِّ حَالَ قِيَامِ الْأَبِ (وَلَوْ كَانَ الْأَبُ مَيِّتًا ثَبَتَ مِنَ الْجَدِّ كَمَا يَثْبُتُ مِنَ الْأَبِ)؛ لظُهُورِ وِلَايَتِهِ عِنْدَ فَقْدِ الْأَبِ، وَكَفَرُ الْأَبِ وَرَفُّهُ بِمَنْزِلَةِ مَوْتِهِ؛ لِأَنَّهُ قَاطِعٌ لِلْوِلَايَةِ

(وَإِذَا كَانَتْ الْجَارِيَةُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ أَحَدُهُمَا ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ)؛ لِأَنَّهُ لَمَّا ثَبَتَ النَّسَبُ فِي نِصْفِهِ لِمُصَادَفَتِهِ مِلْكَهُ ثَبَتَ فِي الْبَاقِي ضَرُورَةً أَنَّهُ لَا يَتَجَرَّأُ؛ لَمَّا أَنَّ سَبَبَهُ لَا يَتَجَرَّأُ وَهُوَ الْعُلُوقُ إِذَا الْوَلَدُ الْوَاحِدُ لَا يَتَعَلَّقُ مِنْ مَاءَيْنِ. (وَصَارَتْ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ)؛ لِأَنَّ الْإِسْتِيلَادَ لَا يَتَجَرَّأُ عِنْدَهُمَا (وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَصِيرُ نَصِيبُهُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ ثُمَّ يَتَمَلَّكُ نَصِيبَ صَاحِبِهِ إِذَا هُوَ قَابِلٌ لِلْمَلِكِ وَيُضْمَنُ نِصْفَ قِيَمَتِهَا)؛ لِأَنَّهُ تَمَلَّكَ نَصِيبَ صَاحِبِهِ لَمَّا اسْتَكْمَلَ الْإِسْتِيلَادَ وَيُضْمَنُ نِصْفَ عَقْرِهَا؛ لِأَنَّهُ وَطِئَ جَارِيَةَ مُشْتَرَكَةً، إِذَا الْمَلِكُ يَثْبُتُ حُكْمًا لِلْإِسْتِيلَادِ فَيَتَعَقَّبُهُ الْمَلِكُ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ بِخِلَافِ الْأَبِ إِذَا اسْتَوْلَدَ جَارِيَةَ ابْنِهِ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ هُنَاكَ يَثْبُتُ شَرْطًا لِلْإِسْتِيلَادِ فَيَتَقَدَّمُهُ فَصَارَ وَاطِنًا مِلْكُ نَفْسِهِ (وَلَا يَغْرُمُ قِيَمَتَ وَلَدِهَا)؛ لِأَنَّ النَّسَبَ يَثْبُتُ مُسْتَنِدًا إِلَى وَهْتِ الْعُلُوقِ فَلَمْ يَتَعَلَّقْ شَيْءٌ مِنْهُ عَلَى مِلْكِ الشَّرِيكِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا كَانَتْ الْجَارِيَةُ بَيْنَ الشَّرِيكَيْنِ) هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ قَدْ مَرَّ ذِكْرُهَا فِي أَوَّلِ الْبَابِ حَيْثُ قَالَ: وَكَذَا إِذَا كَانَ بَعْضُهَا مَمْلُوكًا، وَلَكِنْ كَانَ ذِكْرُهَا هُنَاكَ مِنْ حَيْثُ إِنَّ الْإِسْتِيلَادَ يُخْرِجُ الْأُمَّةَ إِلَى حَقِّ الْحُرِّيَةِ قَبْلَ الْمَوْتِ وَإِلَى حَقِيقَتِهَا بَعْدَهُ، وَذِكْرُهَا هُنَا بِاعْتِبَارِ ثُبُوتِ النَّسَبِ وَيَبَانُ مَا أُريدَ بَعْدَ تَجَرُّي الْإِسْتِيلَادِ الْمَذْكُورِ هُنَاكَ وَتَمَلُّكِ نَصِيبِ صَاحِبِهِ وَضَمَانِ نِصْفِ الْعَقْرِ وَغَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا ذَكَرَهُ فَلَا يُعَدُّ تَكَرُّرًا وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ خِلَا مَا تُنَبِّهُ عَلَيْهِ (قَوْلُهُ فَادَّعَاهُ أَحَدُهُمَا) لَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ الصِّحَّةِ وَالْمَرَضِ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ لَمَّا ثَبَتَ النَّسَبُ مِنْهُ فِي نِصْفِهِ إلخ) يَرِدُ عَلَيْهِ الْقَلْبُ وَهُوَ أَنْ يُقَالَ: لَمَّا لَمْ يَثْبُتِ النَّسَبُ مِنْهُ فِي نَصِيبِ الشَّرِيكِ لِمُصَادَفَتِهِ مِلْكَ غَيْرِهِ لَا يَثْبُتُ فِي الْبَاقِي ضَرُورَةً أَنَّهُ لَا يَتَجَرَّأُ إِلَى آخِرِ مَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ. وَيُجَابُ عَنْهُ بِتَغْلِيلِ جَانِبِ الْمُثْبِتِ لِلنَّسَبِ

اِخْتِيَاطًا، أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَسْقُطُ الْحَدُّ عَنْهُ بِهَذَا الطَّرِيقِ وَيَجِبُ الْعُقْرُ، فَكَذَلِكَ يَثْبُتُ النَّسَبُ مِنْهُ بِالِدَّعْوَةِ.

وَقَوْلُهُ (فَيَتَعَقَّبُهُ الْمَلِكُ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ) قَالَ فِي النَّهَايَةِ: هَذَا عَلَى اخْتِيَارِ بَعْضِ الْمَشَايِخِ، وَأَمَّا الْأَصَحُّ مِنَ الْمَذْهَبِ فَالْحُكْمُ مَعَ عِلَّتِهِ يَفْتَرِقَانِ لَمَّا عُرِفَ فِي أَصُولِ الْفَقْهِ. وَأَقُولُ: يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُرَادُهُ بِالتَّعَقُّبِ التَّعَقُّبُ الذَّاتِيُّ دُونَ الزَّمَانِيِّ، وَحِينَئِذٍ يَكُونُ وَارِدًا عَلَى الْأَصَحِّ مِنَ الْمَذْهَبِ.

وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الْأَبِ إِذَا اسْتَوْلَدَ جَارِيَةً ابْنَهُ لِأَنَّ الْمَلِكَ هُنَاكَ يَثْبُتُ شَرْطًا لِلِاسْتِيلَادِ فَيَتَقَدَّمُهُ) وَهَذِهِ التَّفْرِقَةُ بَيْنَ الشَّرِيكِ وَالْوَالِدِ مِنْ حَيْثُ إِنَّ مَلِكَ الشَّرِيكِ فِي النَّصْفِ قَائِمٌ وَقْتَ الْعُلُوقِ، وَذَلِكَ يَكْفِي فِي الْاسْتِيلَادِ فَيَجْعَلُ تَمَلُّكَ نَصِيبِ صَاحِبِهِ حُكْمًا لِلِاسْتِيلَادِ فَيَكُونُ الْوَطْءُ وَقَعًا فِي غَيْرِ مِلْكِهِ وَذَلِكَ يُوجِبُ الْحَدَّ لِكُنْهُ سَقَطَ بِشَبْهَةِ الشَّرِيكِ فَيَجِبُ الْعُقْرُ، وَأَمَّا الْأَبُ فَلَمْ يَكُنْ لَهُ مِلْكٌ فِي الْجَارِيَةِ وَقَدْ اسْتَوْلَدَهَا فَيَجْعَلُ مِلْكَهُ فِيهَا شَرْطًا لِلِاسْتِيلَادِ فِي مِلْكِهِ حَمَلًا لِأَمْرِهِ عَلَى الصَّلَاحِ فَيَكُونُ الْوَطْءُ فِي مِلْكِهِ وَالْوَطْءُ فِيهِ لَا يُوجِبُ الْعُقْرَ.

وَالْمُرَادُ بِالْعُقْرِ مَهْرُ الْمَثَلِ فَيَكُونُ الشَّرِيكِ ضَامِنًا لِنَصْفِ مَهْرٍ مِثْلَهَا، هَكَذَا فِي مَبْسُوطِ شَمْسِ الْأَيْمَةِ السَّرَخْسِيِّ. وَفِي مَبْسُوطِ شَيْخِ الْإِسْلَامِ وَالْمُحِيطِ: الْعُقْرُ قَدْرُ مَا تُسْتَأْجَرُ فِي هَذِهِ الْمَرْأَةِ لَوْ كَانَ الْاسْتِجَارُ لِلزَّوْنِ حَلَالًا. وَقَوْلُهُ (فَلَمْ يَتَعَلَّقْ مِنْهُ شَيْءٌ عَلَى مَلِكِ الشَّرِيكِ) لِأَنَّهُ كَمَا عُلِقَ انْعَلَقَ حُرُّ الْأَصْلِ لِأَنَّهُ نِصْفُهُ انْعَلَقَ عَلَى مِلْكِهِ وَأَنَّهُ يَمْتَنِعُ ثَبُوتُ الرِّقِّ فِيهِ لَمَّا ذَكَرْنَا مِنْ تَرْجِيحِ ثَبُوتِ النَّسَبِ.

(وَإِنْ ادَّعِيَاهُ مَعًا ثَبِتَ نَسَبُهُ مِنْهُمَا) مَعْنَاهُ إِذَا حَمَلَتْ عَلَى مِلْكِهِمَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُرْجَعُ إِلَى قَوْلِ الْقَافَةِ: لِأَنَّ إِثْبَاتَ النَّسَبِ مِنْ شَخْصَيْنِ مَعَ عِلْمِنَا أَنَّ الْوَلَدَ لَا يَتَخَلَّقُ مِنْ مَاءَيْنِ مُتَعَدَّرٍ فَعَمَلْنَا بِالشَّبْهِ، وَقَدْ سَرَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ الْقَائِفِ فِي أَسَامَةِ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ.

وَلَنَا كِتَابُ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ إِلَى شُرَيْحٍ فِي هَذِهِ الْحَادِثَةِ: لِبَسَا قَلْبَيْسَ عَلَيْهِمَا، وَلَوْ بَيْنَا لَبَيَّنَ لَهُمَا، هُوَ ابْنُهُمَا يَرِثُهُمَا وَيَرِثَانِهِ وَهُوَ لِلْبَاقِي مِنْهُمَا، وَكَانَ ذَلِكَ بِمَحْضَرٍ مِنَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أَجْمَعِينَ، وَعَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مِثْلُ ذَلِكَ.

وَلَا تَهْمَا اسْتَوِيَا فِي سَبَبِ الْإِسْتِحْقَاقِ فَيَسْتَوِيَانِ فِيهِ، وَالنَّسَبُ وَإِنْ كَانَ لَا يَتَجَزَّأُ وَلَكِنْ تَتَعَلَّقُ بِهِ أَحْكَامٌ مُتَجَزِّئَةٌ، فَمَا يَقْبَلُ التَّجْزِئَةَ يَثْبُتُ فِي حَقِّهَا عَلَى التَّجْزِئَةِ، وَمَا لَا يَقْبَلُهَا يَثْبُتُ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَمَا كَانَ لَيْسَ مَعَهُ غَيْرُهُ إِلَّا إِذَا كَانَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ أَبَا لِلْآخِرِ، أَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُسْلِمًا وَالْآخَرُ ذِمِّيًّا لَوْجُودِ الْمَرْجَحِ فِي حَقِّ الْمُسْلِمِ وَهُوَ الْإِسْلَامُ وَفِي حَقِّ الْأَبِ وَهُوَ مَا لَهُ مِنَ الْحَقِّ فِي نَصِيبِ الْإِبْنِ، وَسُرُورُ النَّبِيِّ ﷺ فِيمَا رُويَ؛ لِأَنَّ الْكُفَّارَ كَانُوا يَطْعَنُونَ فِي نَسَبِ أُسَامَةَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ، وَكَانَ قَوْلُ الْقَائِفِ مُقْطَعًا لَطَعْنِهِمْ فَسُرَّ بِهِ (وَكَانَتْ الْأُمُّ أُمُّ وَلَدٍ لِهَمَّا)؛ لَصِحَّةِ دَعْوَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي نَصِيبِهِ فِي الْوَلَدِ فَيَصِيرُ نَصِيبُهُ مِنْهَا أُمُّ وَلَدٍ لَهُ تَبَعًا لَوَالِدَيْهَا (وَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُ الْعَقْرِ قِصَاصًا بِمَا لَهُ عَلَى الْآخَرِ، وَيَرِثُ الْإِبْنُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِيرَاثَ ابْنِ كَامِلٍ)؛ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ لَهُ بِمِيرَاثِهِ كُلِّهِ وَهُوَ حُجَّةٌ فِي حَقِّهِ (وَيَرِثَانِ مِنْهُ مِيرَاثَ أَبِي وَاحِدٍ) لَا اسْتَوَاهُمَا فِي النَّسَبِ كَمَا إِذَا أَقَامَا الْبَيِّنَةَ.

الشرح:

(وَإِنْ أَدْعَاهُ مَعَ ثَبَتِ نَسَبُهُ مِنْهُمَا) قَالَ الْمُصَنِّفُ (مَعْنَاهُ إِذَا حَمَلَتْ عَلَى مِلْكِهِمَا) وَإِنَّمَا قِيدَ بِذَلِكَ، لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ الْحَمْلُ عَلَى مِلْكِ أَحَدِهِمَا نِكَاحًا ثُمَّ اشْتَرَاهَا هُوَ وَآخَرُ فَهِيَ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ لِأَنَّ نَصِيبَهُ مِنْهَا صَارَ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ وَالْإِسْتِيلَادُ لَا يَتَجَزَّأُ فَيَثْبُتُ فِي نَصِيبِ شَرِيكِهِ أَيْضًا (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَرْجِعُ إِلَى قَوْلِ الْقَافَةِ) وَهِيَ جَمْعُ الْقَائِفِ كَالْبَاعَةِ فِي جَمْعِ الْبَائِعِ، وَهُوَ الَّذِي يَتَّبِعُ آثَارَ الْآبَاءِ فِي الْأَبْنَاءِ، مِنْ قَافٍ أَثَرُهُ: إِذَا أَتْبَعَهُ، وَالْقِيَافَةُ فِي بَنِي مُذَلِّجٍ مِنْهُمْ الْمُجَزُّ (لِأَنَّ إِثْبَاتَ النَّسَبِ مِنْ شَخْصَيْنِ مَعَ عِلْمِنَا أَنَّ الْوَلَدَ لَا يَتَخَلَّقُ مِنْ مَاءَيْنِ) أَيُّ مِنْ مَاءٍ فَحْلَيْنِ (مُتَعَذِّرٌ، فَعَمِلْنَا بِالشَّبْهِ وَقَدْ سُرَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِقَوْلِ الْقَائِفِ فِي أُسَامَةَ) رُويَ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ دَخَلَ عَلَى عَائِشَةَ وَأَسَارِيرُ وَجْهِهِ تَبَرُّقٌ مِنَ السُّرُورِ فَقَالَ: أَمَا عَلِمْتُ أَنَّ مُجَزَّزًا الْمَذَلِّجِي مَرَّ بِأُسَامَةَ وَزَيْدٍ وَهُمَا تَحْتَ قُطَيْفَةٍ قَدْ غَطَّيَا وَجُوهَهُمَا وَأَرْجُلَهُمَا بَادِيَةً فَقَالَ: إِنَّ هَذِهِ الْأَقْدَامَ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ» وَلَوْ كَانَ الْحُكْمُ بِالشَّبْهِ بَاطِلًا لَمَا جَازَ إِظْهَارُ السُّرُورِ وَلَوْجَبَ عَلَيْهِ الرَّدُّ وَالْإِنْكَارُ وَلَنَا كِتَابُ عُمَرَ إِلَى شَرِيحٍ فِي هَذِهِ الْحَادِثَةِ: لَبَسَا فَلَبَسَ عَلَيْهِمَا، وَلَوْ بَيْنَا لَبَسْنَا لُهُمَا، هُوَ ابْنُهُمَا يَرِثَانِهِ وَيَرِثُهُمَا، وَهُوَ لِلْبَاقِي مِنْهُمَا) أَيُّ الْوَلَدُ يَكُونُ لِلْأَبِ الْبَاقِي مِنَ الْأَبْوَيْنِ اللَّذَيْنِ كَانَا إِذَا

مَاتَ أَحَدُهُمَا حَتَّى يَكُونَ كُلُّ الْمِيرَاثِ لِلأَبِ الْحَيِّ دُونَ أَنْ يَكُونَ نِصْفُهُ لَوَرَثَةِ الأَبِ الْمَيِّتِ.

وَقَوْلُهُ (وَكَانَ بِمَحْضَرٍ مِنَ الصَّحَابَةِ) يَرُومُ بِهِ إِبْرَارُهُ فِي مُبَرَّرِ الْمُجْمَعِ عَلَيْهِ. وَقَوْلُهُ (فِي سَبَبِ الاستِحْقَاقِ) يَعْنِي الْمَلِكَ، وَقِيلَ: الدَّعْوَةُ. وَقَوْلُهُ (أَحْكَامُ مُتَجَزِّئَةٍ) يُرِيدُ بِهَا مِثْلَ التَّفَقُّعِ وَوَلَايَةِ التَّصَرُّفِ فِي مَالِهِ وَالْحِصَانَةِ وَالْمِيرَاثِ، فَمَا يَقْبَلُ التَّجْزِئَةَ كَالْمِيرَاثِ يَثْبُتُ عَلَى التَّجْزِئَةِ فِي حَقِّهِمَا، وَمَا لَا يَقْبَلُهَا كَثُبُوتِ النَّسَبِ وَوَلَايَةِ الْإِنْكَاحِ يَثْبُتُ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَمَلًا كَانَ لَيْسَ مَعَهُ غَيْرُهُ. وَقَوْلُهُ (إِلَّا إِذَا كَانَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ وَمَا لَا يَقْبَلُهَا يَثْبُتُ فِي حَقِّ كُلِّ مِنْهُمَا كَمَلًا. وَقَوْلُهُ (وَسُرُورُ النَّبِيِّ ﷺ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَقَدْ سُرَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ.

وَاخْتَلَفُوا فِيمَا إِذَا ادَّعَى الْوَلَدُ أَكْثَرُ مِنْ اثْنَيْنِ، فَجَوَزَهُ أَبُو حَنِيفَةَ وَتَفَاهُ أَبُو يُوسُفَ، وَجَوَزَهُ مُحَمَّدٌ إِلَى الثَّلَاثَةِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ يَثْبُتُ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ بِقَضِيَّةِ عُمَرَ فَلَا يَتَعَدَّاهُ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: الثَّلَاثَةُ قَرِيبَةٌ مِنْ اثْنَيْنِ. وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: سَبَبُ الْجَوَازِ الْمَلِكُ وَالْدَّعْوَةُ وَقَدْ وَجَدَا. وَقَوْلُهُ (فَيَصِيرُ نَصِيبُهُ مِنْهَا أُمَّ وَلَدٍ لَهُ تَبَعًا لَوَلَدِهَا) يَعْنِي تَخْدُمُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَوْمًا كَمَا كَانَتْ تَفْعَلُهُ قَبْلَ هَذَا لِأَنَّهُ لَا تَأْثِيرَ لِلْاِسْتِيلَادِ فِي إِبْطَالِ مَلِكِ الْخِدْمَةِ، وَإِذَا مَاتَ أَحَدُهُمَا عَتَقَتْ وَلَا ضَمَانَ لِلشَّرِيكِ فِي تَرْكَةِ الْمَيِّتِ بِالِاتِّفَاقِ لَوْجُودِ الرِّضَا مِنْهُمَا بِعَتَقِهَا عِنْدَ الْمَوْتِ، وَلَا سَعَايَةَ عَلَيْهَا فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَتَسْعَى فِي نِصْفِ قِيمَتِهَا لِلشَّرِيكِ الْحَيِّ عِنْدَهُمَا، وَلَوْ أَعْتَقَهَا أَحَدُهُمَا فِي حَالِ حَيَاتِهِ عَتَقَتْ وَلَا ضَمَانَ عَلَى الْمُعْتَقِ لِشَّرِيكِهِ وَلَا سَعَايَةَ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعِنْدَهُمَا يَضْمَنُ الْمُعْتَقُ نِصْفَ قِيمَتِهَا أُمَّ وَلَدٍ لِشَّرِيكِهِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا، وَتَسْعَى فِي نِصْفِ قِيمَتِهَا إِنْ كَانَ مُعْسِرًا (وَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُ الْعُقْرِ قِصَاصًا بِمَا لَهُ عَلَى الْآخَرِ) بِفَتْحِ اللَامِ: أَيُّ بِالَّذِي لَهُ. وَقَوْلُهُ (كَمَا إِذَا أَقَامَا الْبَيِّنَةَ) يَعْنِي إِذَا أَقَامَا الْبَيِّنَةَ عَلَى شَيْءٍ يَكُونُ ذَلِكَ الشَّيْءُ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا عَلَى السَّوَاءِ فَكَذَلِكَ هُنَا. وَإِذَا أَقَامَا الْبَيِّنَةَ عَلَى ابْنٍ مَجْهُولِ النَّسَبِ كَانَ الْحُكْمُ هَكَذَا فَكَذَا هَاهُنَا.

(وَإِذَا وَطِئَ الْمَوْلَى جَارِيَةً مُكَاتَبَةٍ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ فَإِنْ صَدَّقَهُ الْمُكَاتَبُ ذُبَتْ نَسَبُ

الْوَلَدِ مِنْهُ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى أَنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ تَصَدِيقُهُ اعْتِبَارًا بِالأَبِ يَدْعِي وَلَدَ جَارِيَةِ ابْنِهِ. وَوَجْهُ الظَّاهِرِ وَهُوَ الْفَرْقُ أَنَّ الْمَوْلَى لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِي أَكْسَابِ مَكَاتِبِهِ حَتَّى لَا يَتَمَلَّكَهُ وَالْأَبُ يَمْلِكُ تَمَلُّكُهُ فَلَا مُعْتَبَرُ بِتَصَدِيقِ الابْنِ. قَالَ: (وَعَلَيْهِ عَقْرُهَا)؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَقَدَّمُ الْمَلِكُ؛ لِأَنَّ مَا لَهُ مِنَ الْحَقِّ كَافٍ لَصِحَّةِ الْاِسْتِيلَادِ لَمَّا ذَكَرَهُ. قَالَ: (وَقِيمَةُ وَلَدِهَا)؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الْمَغْرُورِ حَيْثُ إِنَّهُ اعْتَمَدَ دَلِيلًا وَهُوَ أَنَّهُ كَسَبُ كَسْبِهِ فَلَمْ يَرْضَ بِرَقَبِهِ فَيَكُونُ حُرًّا بِالْقِيمَةِ ثَابِتِ النَّسَبِ مِنْهُ (وَلَا تَصِيرُ الْجَارِيَةُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ)؛ لِأَنَّهُ لَا مِلْكَ لَهُ فِيهَا حَقِيقَةً كَمَا فِي وَلَدِ الْمَغْرُورِ (وَأِنْ كَذَبَهُ الْمَكَاتِبُ فِي النَّسَبِ لَمْ يَثْبُتْ)؛ لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ تَصَدِيقِهِ (فَلَوْ مَلَكَهَ يَوْمًا ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ)؛ لِتَقْيَامِ الْمُوجِبِ وَزَوَالِ حَقِّ الْمَكَاتِبِ إِذْ هُوَ الْمَانِعُ، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

وَمَنْ وَطِئَ جَارِيَةَ مَكَاتِبِهِ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ فَإِمَّا أَنْ يُصَدِّقَهُ الْمَكَاتِبُ أَوْ لَا، فَإِنْ صَدَّقَهُ ثَبَتَ النَّسَبُ وَلَا تَصِيرُ الْجَارِيَةُ أُمَّ وَلَدٍ لِلْمَوْلَى، وَإِنْ كَذَبَهُ فَلَا يَثْبُتُ النَّسَبُ أَيْضًا (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ تَصَدِيقُهُ بَلْ يَثْبُتُ) نَسَبُهُ مِنْهُ بِمُجَرَّدِ دَعْوَةِ الْمَوْلَى النَّسَبَ كَمَا فِي الْأَبِ. وَالْجَامِعُ بَيْنَهُمَا أَنَّ جَارِيَةَ الْمَكَاتِبِ كَسَبُ كَسْبِ الْمَوْلَى، وَجَارِيَةَ الابْنِ كَسَبُ كَسْبِ الْأَبِ (وَوَجْهُ الظَّاهِرِ وَهُوَ الْفَرْقُ) بَيْنَ اِسْتِيلَادِ جَارِيَةِ الابْنِ حَيْثُ يَثْبُتُ فِيهِ النَّسَبُ بِغَيْرِ تَصَدِيقِ وَجَارِيَةِ الْمَكَاتِبِ حَيْثُ يُشْتَرَطُ فِيهَا التَّصَدِيقُ أَنَّ الْمَوْلَى لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِي أَكْسَابِ مَكَاتِبِهِ بِحَجَرِهِ عَلَى نَفْسِهِ، وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُ كَسَبُ الْمَكَاتِبِ عِنْدَ الْحَاجَةِ وَالِدَعْوَةَ تَصَرُّفٌ فَلَا يَمْلِكُهَا الْمَوْلَى إِلَّا بِتَصَدِيقِهِ، وَالْأَبُ يَمْلِكُ تَمَلُّكُ مَالِ ابْنِهِ لِأَنَّهُ لَمْ يَحْجَرْ عَلَى نَفْسِهِ فَلَا مُعْتَبَرُ بِتَصَدِيقِهِ، وَإِنَّمَا لَا تَصِيرُ الْجَارِيَةُ أُمَّ وَلَدِهِ إِذَا صَدَّقَهُ الْمَكَاتِبُ لِأَنَّ حَقَّ الْمَلِكِ ثَابِتٌ لَهُ فِي كَسْبِهِ، وَذَلِكَ كَافٍ لِإِثْبَاتِ نَسَبِ الْوَلَدِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ بِعَجْزِهِ يَنْقَلِبُ حَقِيقَةً مَلِكٌ فَلَا حَاجَةَ بِهِ إِلَى التَّمْلُكِ، وَلَيْسَ لِلْأَبِ فِي مَالِ الْوَلَدِ مِلْكٌ وَلَا حَقٌّ مَلِكٌ، وَلَا يُمَكِّنُ إِثْبَاتُ النَّسَبِ مِنْهُ إِلَّا بِاعْتِبَارِ تَمْلُكِ الْجَارِيَةِ فَيَثْبُتُ الْمَلِكُ سَابِقًا وَوَقَعَ الْوِطْءُ فِي مِلْكِهِ وَوُلِدَتْ مِنْهُ فَكَانَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ. وَقَوْلُهُ (وَعَلَيْهِ عَقْرُهَا) أَيُّ عَلَى الْمَوْلَى عَقْرُ جَارِيَةِ الْمَكَاتِبِ لِأَنَّ الْمَلِكَ لَا يَتَقَدَّمُ الْوِطْءُ لِأَنَّ مَا لَهُ مِنْ حَقِّ الْمَلِكِ كَافٍ لَصِحَّةِ الْاِسْتِيلَادِ فَكَانَ الْوِطْءُ وَاقِعًا فِي غَيْرِ الْمَلِكِ وَهُوَ يَسْتَلْزِمُ الْحَدَّ أَوِ الْعَقْرَ وَقَدْ

سَقَطَ الْأَوَّلُ بِالشُّبْهَةِ فَتَعَيَّنَ الثَّانِي.

وَقَوْلُهُ (لَمَّا تَذَكَّرُهُ) أَيُّ تَذَكَّرُ الْحَقَّ الَّذِي لِلْمَوْلَى عَلَى الْمُكَاتَّبِ فِي كِتَابِ الْمُكَاتَّبِ، قِيلَ فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ قَالَ مَا لَهُ مِنَ الْحَقِّ كَافٍ لَصِحَّةِ الْاِسْتِيلَادِ، وَالْمَفْهُومُ مِنْهُ ثُبُوتُ اِسْتِيلَادِ جَارِيَةِ الْمُكَاتَّبِ وَالْمَنْصُوصِ فِي الْكُتُبِ عَنْ أَصْحَابِنَا أَنَّ اِلْاِسْتِيلَادَ لَا يَثْبُتُ وَهُوَ نَفْسُهُ يُصْرِّحُ بِهَذَا بَعْدَ خَطِّينِ بِقَوْلِهِ وَلَا تَصِيرُ الْجَارِيَةُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ: أَيُّ لِلْمَوْلَى، فَإِذَا لَمْ تَصِرْ الْجَارِيَةُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ فَمِنْ أَيْنَ يَصِحُّ اِلْاِسْتِيلَادُ. وَالْجَوَابُ أَنَّ دَلَالََةَ لَفْظِ اِلْاِسْتِيلَادِ عَلَى طَلَبِ نَسَبِ الْوَلَدِ أَقْوَى مِنْ دَلَالَتِهِ عَلَى كَوْنِهَا أُمَّ وَلَدٍ فَكَانَ الْمُرَادُ بِقَوْلِهِ لَصِحَّةِ اِلْاِسْتِيلَادِ لَصِحَّةُ نَسَبِ الْوَلَدِ بِدَلَالَةِ مَا بَعْدَهُ فَإِنَّ الْمُصَنِّفَ أَجَلَ قَدْرًا مِنْ أَنْ يَقَعَ بَيْنَ كَلَامَيْهِ فِي سَطْرَيْنِ تَنَاقُضٍ.

وَقَوْلُهُ (وَقِيَمَةٌ وَلِدَهَا) مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ عَقْرُهَا. وَقَوْلُهُ (وَهُوَ أَنَّهُ) قِيلَ أَيُّ الْوَلَدِ: يَعْنِي أَنَّ الْوَلَدَ حَصَلَ لَهُ (مِنْ كَسْبِ كَسْبِهِ) فَإِنَّ الْمُكَاتَّبَ كَسْبُهُ، وَجَارِيَةَ الْمُكَاتَّبِ كَسْبُ كَسْبِهِ، وَفِيهِ نَوْعٌ ثَكْلَفٍ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ أَنَّهُ: أَيُّ الْجَارِيَةِ كَسْبُ كَسْبِهِ، وَذَكَرَ الضَّمِيرَ نَظَرًا إِلَى الْخَبَرِ وَهُوَ كَسْبُ الضَّمِيرِ فِي رِقِّهِ يَعُودُ إِلَى الْوَلَدِ. قِيلَ فِي قَوْلِهِ كَمَا فِي وَلَدِ الْمَغْرُورِ نَظَرٌ، وَحَقُّ الْكَلَامِ كَمَا فِي الْمَغْرُورِ بِدُونِ ذِكْرِ الْوَلَدِ عَلَى مَعْنَى أَنَّ الْجَارِيَةَ لَا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ لِلْمَوْلَى لَعَدَمِ الْمِلْكِ فِيهَا حَقِيقَةً كَمَا أَنَّ الْجَارِيَةَ لَا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدِ الْمَغْرُورِ لَعَدَمِ الْمِلْكِ فِيهَا.

وَالْجَوَابُ أَنَّ قَوْلَهُ كَمَا فِي وَلَدِ الْمَغْرُورِ مُتَعَلِّقٌ بِقَوْلِهِ فَيَكُونُ حُرًّا بِالْقِيَمَةِ ثَابِتَ النَّسَبِ مِنْهُ وَحِينَئِذٍ لَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ الْوَلَدِ وَعَلَى تَقْدِيرِ أَنْ يَكُونَ مُتَعَلِّقًا بِقَوْلِهِ وَلَا تَصِيرُ الْجَارِيَةُ أُمَّ وَلَدٍ لِأَنَّهُ لَا مِلْكَ لَهُ فِيهَا حَقِيقَةً، فَتَقْدِيرُهُ كَمَا فِي أُمَّ وَلَدِ الْمَغْرُورِ.

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ كَذَبَهُ) مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ فَإِنْ صَدَّقَهُ الْمُكَاتَّبُ. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ مَلَكَهُ) يَعْنِي وَلَدَ الْجَارِيَةِ الَّذِي ادَّعَاهُ وَكَذَبَهُ الْمُكَاتَّبُ (يَوْمًا) مِنَ الدَّهْرِ (بِتَّ نَسَبُهُ مِنْهُ لِقِيَامِ الْمَوْجِبِ) وَهُوَ الْإِقْرَارُ بِاِلْاِسْتِيلَادِ (وَزَوَالِ الْمَانِعِ) وَهُوَ حَقُّ الْمُكَاتَّبِ. قَالَ فِي الْمَبْسُوطِ: وَإِذَا مَلَكَ الْمَوْلَى الْجَارِيَةَ: أَيُّ فِي صُورَةِ التَّصْدِيقِ يَوْمًا مِنَ الدَّهْرِ صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ لِأَنَّهُ

مَلَكَهَا وَلَهُ مِنْهَا وَلَدٌ ثَابِتُ النَّسَبِ، وَإِنْ كَذَّبَهُ الْمُكَاتِبُ ثُمَّ مَلَكَهُ يَوْمًا ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ لِأَنَّ
 حَقَّ الْمَلِكِ لَهُ فِي الْمَحَلِّ كَانَ مُثَبَّتًا لِلنَّسَبِ مِنْهُ عِنْدَ صِحَّةِ الدَّعْوَةِ: إِلَّا أَنْ بِمُعَارَضَةِ
 الْمُكَاتِبِ إِيَّاهُ بِالتَّكْذِيبِ امْتَنَعَ صِحَّةُ دَعْوَتِهِ، وَقَدْ زَالَتْ هَذِهِ الْمُعَارَضَةُ حِينَ مَلَكَهُ، وَاللَّهُ
 سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ، وَإِلَيْهِ الْمَأْبُ.

كِتَابُ الْإِيمَانِ

قَالَ: (الْإِيمَانُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرُبٍ) الْيَمِينُ الْغَمُوسُ وَيَمِينٌ مُنْعَقِدَةٌ، وَيَمِينٌ لُغَوِيٌّ. فَالْغَمُوسُ هُوَ الْحَلْفُ عَلَى أَمْرِ مَاضٍ يَتَعَمَّدُ الْكَذِبَ فِيهِ، فَهَذِهِ الْيَمِينُ يَأْتُمُ فِيهَا صَاحِبُهَا لِقَوْلِهِ ﷺ «مَنْ حَلَفَ كَاذِبًا أَدْخَلَهُ اللَّهُ النَّارَ»^(١) (وَلَا كَفَّارَةَ فِيهَا إِلَّا التَّوْبَةُ وَالِاسْتِغْفَارُ)

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ: فِيهَا الْكَفَّارَةُ لِأَنَّهَا شُرِعَتْ لِرَفْعِ ذَنْبٍ هَتَكَ حُرْمَةَ اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى، وَقَدْ تَحَقَّقَ بِالِاسْتِشْهَادِ بِاللَّهِ كَاذِبًا فَأَشْبَهَ الْمَعْقُودَةَ. وَلَنَا أَنَّهَا كَبِيرَةٌ مَحْضَةٌ، وَالْكَفَّارَةُ عِبَادَةٌ تَتَأَدَّى بِالصُّومِ، وَيُشْتَرَطُ فِيهَا النِّيَّةُ فَلَا تُنَاطُ بِهَا، بِخِلَافِ الْمَعْقُودَةِ لِأَنَّهَا مُبَاحَةٌ، وَلَوْ كَانَ فِيهَا ذَنْبٌ فَهُوَ مُتَأَخَّرٌ مُتَعَلِّقٌ بِاخْتِيَارِ مُبْتَدَأٍ، وَمَا فِي الْغَمُوسِ مُلَازِمٌ فَيَمْتَنِعُ الْإِلْحَاقُ.

الشرح:

(كِتَابُ الْإِيمَانِ): الْمُنَاسَبَاتُ الَّتِي تَقْدَمُ ذِكْرُهَا بَيْنَ الْكُتُبِ إِلَى هَاهُنَا اقْتَضَتْ التَّرْتِيبَ عَلَى مَا تَقْدَمُ، وَذَكَرَ الْإِيمَانَ عَقِيبَ الْعِتَاقِ لِمُنَاسَبَتِهَا لَهُ فِي عَدَمِ تَأْثِيرِ الْهَزْلِ وَالْإِكْرَاهِ فِيهِمَا. وَالْيَمِينُ فِي اللُّغَةِ الْقُوَّةُ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿لَا خَدْنَآ مِنْهُ بِالْيَمِينِ﴾ [الْحَاقَّةُ: ٤٥] وَفِي الشَّرِيعَةِ: عَقْدٌ قَوِيٌّ بِهِ عَزْمُ الْحَافِ عَلَى الْفِعْلِ أَوْ التَّرْكِ. وَشَرْطُهَا كَوْنُ الْحَافِ مُكَلَّفًا. وَسَبَبُهَا إِرَادَةُ تَحْقِيقِ مَا قَصَدَهُ.

وَرَكْنُهَا اللَّفْظُ الَّذِي يَنْعَقِدُ بِهِ الْيَمِينُ. وَحُكْمُهُ الْبَرُّ فِيمَا يَجِبُ فِيهِ الْبَرُّ وَالْكَفَّارَةُ عِنْدَ فَوَاتِهِ، وَإِنَّمَا قِيدَ بِقَوْلِهِ فِيمَا يَجِبُ الْبَرُّ فِيهِ لِأَنَّ مِنَ الْإِيمَانِ مَا يَجِبُ فِيهِ الْحَنُثُ عَلَى مَا سَيَأْتِي (وَالْإِيمَانُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرُبٍ) لِأَنَّ الْيَمِينَ بِاللَّهِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ فِيهَا مُؤَاخَذَةٌ أَوْ لَا؛ فَإِنْ كَانَتْ فَإِمَّا أَنْ تَكُونَ دُيُوبِيَّةً فَهِيَ الْمُنْعَقِدَةُ، أَوْ أُخْرَوِيَّةً فَهِيَ الْغَمُوسُ؛ وَإِنْ لَمْ تَكُنْ فَهِيَ اللَّغْوُ (فَالْغَمُوسُ هِيَ الْحَلْفُ عَلَى أَمْرِ مَاضٍ يَتَعَمَّدُ الْكَذِبَ فِيهِ) وَذَكَرُ الْمُضِيِّ لَيْسَ بِشَرْطٍ بَلْ هُوَ بِنَاءٌ عَلَى الْغَالِبِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ إِذَا قَالَ وَاللَّهِ إِنَّهُ لَزَيْدٌ وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ لَيْسَ بِزَيْدٍ كَانَ غَمُوسًا (فَهَذِهِ الْيَمِينُ يَأْتُمُ فِيهَا صَاحِبُهَا لِقَوْلِهِ ﷺ «مَنْ حَلَفَ كَاذِبًا أَدْخَلَهُ اللَّهُ النَّارَ» وَلَوْ لَا الْإِنْتِمَاءُ لَمَا كَانَ كَذَلِكَ، وَاسْمُهُ يَدُلُّ عَلَى مَعْنَاهُ لِأَنَّهُ مَا سُمِّيَ

(١) قَالَ الزَّيْلَعِيُّ فِي نَصَبِ الرَّايَةِ (٣/٤٤٥): غَرِيبٌ هَذَا اللَّفْظُ.

غَمُوسًا إِلَّا لِأَنَّهَا تَعْمِسُ صَاحِبَهَا فِي الْإِثْمِ ثُمَّ فِي النَّارِ.

وَقَالَ شَمْسُ الْأُئِمَّةِ السَّرْحَسِيُّ: الْيَمِينُ الْغَمُوسُ لَيْسَتْ يَمِينٌ عَلَى الْحَقِيقَةِ، لِأَنَّ الْيَمِينَ عَقْدٌ مَشْرُوعٌ وَهَذِهِ كَبِيرَةٌ مَحْضَةٌ، وَالْكَبِيرَةُ ضِدُّ الْمَشْرُوعِ، وَلَكِنْ سَمَاءُ يَمِينًا مَجَازًا لِأَنَّ ارْتِكَابَ هَذِهِ الْكَبِيرَةِ بِاسْتِعْمَالِ صُورَةِ الْيَمِينِ كَمَا سَمَى النَّبِيُّ ﷺ بَيْنَعَ الْحُرِّ يَنَعًا مَجَازًا لِأَنَّ ارْتِكَابَ تِلْكَ الْكَبِيرَةِ بِاسْتِعْمَالِ صُورَةِ الْبَيْنَعِ وَالتَّعْرِيفُ الَّذِي ذَكَرْتَاهُ لَمْ يَتَّأَوَلْهُ (وَلَا كَفَّارَةً فِيهَا، لَكِنْ فِيهَا التَّوْبَةُ وَالِاسْتِغْفَارُ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: فِيهَا الْكُفَّارَةُ لِأَنَّ الْكُفَّارَةَ شَرَعَتْ لِرَفْعِ ذَنْبٍ هَتَكَ حُرْمَةَ اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى وَقَدْ تَحَقَّقَ) ذَلِكَ الذَّنْبُ (بِالِاسْتِشْهَادِ بِاللَّهِ كَاذِبًا) فَلَا بُدَّ مِنْ رَفْعِهِ وَذَلِكَ بِالْكَفَّارَةِ كَمَا فِي الْمَعْقُودَةِ (وَلَنَا أَنَّهَا) أَيْ الْيَمِينُ الْغَمُوسَ (كَبِيرَةٌ مَحْضَةٌ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ "خَمْسٌ مِنَ الْكَبَائِرِ لَا كَفَّارَةَ فِيهِنَّ وَذَكَرَ مِنْهَا الْغَمُوسَ، وَكُلُّ مَا هُوَ كَبِيرَةٌ مَحْضَةٌ لَا تُنَاطُ بِهَا الْعِبَادَةُ لَمَّا أَنَّ أَسْبَابَ الْعِبَادَاتِ لَا بُدَّ وَأَنْ تُكُونَ أُمُورًا مُبَاحَةً كَمَا عُرِفَ فِي الْأُصُولِ (وَالْكَفَّارَةُ عِبَادَةٌ حَتَّى تُتَأَدَّى بِالصَّوْمِ، وَيُشْتَرَطُ فِيهَا النِّيَّةُ فَلَا تُنَاطُ الْغَمُوسُ بِهَا، بِخِلَافِ الْمَعْقُودَةِ لِأَنَّهَا مُبَاحَةٌ) فَجَازَ أَنْ تُنَاطَ بِهَا الْعِبَادَةُ.

وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ أَوْجُهٍ: الْأَوَّلُ لَوْ كَانَ مَا ذَكَرْتُمْ صَحِيحًا لَمَا وَجَبَتْ الْكَفَّارَةُ عَلَى الْمَظَاهِيرِ لَكُونَ الظَّهَارِ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَهَذَا تَقْضُ إِجْمَالِي. الثَّانِي لَمَّا وَجَبَتْ بِالْأَدْنَى وَجَبَتْ بِالْأَعْلَى بِطَرِيقِ الْأَوَّلِ الثَّلَاثِ الْكَبِيرَةِ سَيِّئَةً وَالْعِبَادَةُ حَسَنَةً وَاتِّبَاعُهَا إِيَّاهَا مُبَاحٌ لَهَا لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «اتَّبِعِ السَّيِّئَةَ الْحَسَنَةَ تَمَحُّهَا» وَهَاتَانِ مُعَارَضَتَانِ. وَالْجَوَابُ عَنِ الْأَوَّلِ أَنَّ الْكَفَّارَةَ لَمْ تَجِبْ بِالظَّهَارِ بَلْ بِالْعَوْدِ الَّذِي هُوَ الْعَزْمُ عَلَى الْوَطْءِ وَهُوَ مُبَاحٌ. وَعَنِ الثَّانِي بَأَنَّهُ لَا يَلْزَمُ مِنْ رَفْعِ الْأَضْعَفِ بِشَيْءٍ رَفْعُ الْأَقْوَى بِهِ وَعَنِ الثَّلَاثِ بَأَنَّ الْحَسَنَةَ تَمَحُّو السَّيِّئَةَ الْمُقَابِلَةَ لَهَا، وَمُقَابِلَةُ هَذِهِ الْحَسَنَةِ لِهَذِهِ السَّيِّئَةِ مَمْنُوعَةٌ بَلْ الْمَظْنُونُ خِلَافُ الْمُقَابِلَةِ لِقَوْلِهِ ﷺ "خَمْسٌ مِنَ الْكَبَائِرِ لَا كَفَّارَةَ فِيهِنَّ" الْحَدِيثُ. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ كَانَ فِيهَا ذَنْبٌ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ الْمُبَاحُ هُوَ مَا لَا يَكُونُ فِيهِ ذَنْبٌ وَالْمُنْعَقِدَةُ فِيهَا ذَنْبٌ فَلَا تُكُونُ مُبَاحَةً فَلَا تُنَاطُ بِهَا الْعِبَادَةُ كَمَا ذَكَرْتُمْ. وَتَقْرِيرُهُ: لَوْ كَانَ فِي الْمُنْعَقِدَةِ ذَنْبٌ لَهَتْكَ حُرْمَةُ اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى فَهُوَ مُتَأَخِّرٌ عَنْ وَقْتِ الْإِلْعَادِ بِاخْتِيَارٍ مُبْتَدَأٍ لَمْ يَدْخُلْ فِي السَّيِّئَةِ وَيَرْفَعُهَا عِنْدَ الطَّرَيَانِ، بِخِلَافِ الْغَمُوسِ فَإِنَّ الذَّنْبَ فِيهَا لَا يَمُوتُ لَا يُفَارِقُهُ لَا

ابْتِدَاءً وَلَا اِنْتِهَاءً (فَيَمْتَنِعُ الْإِلْحَاقُ) أَيِ الْإِلْحَاقِ الْعُمُوسِ بِالْمُنْعِقِدَةِ. وَفِي هَذَا الْجَوَابِ تَلْوِيحٌ إِلَى الْجَوَابِ عَنْ قَوْلِهِ فَأَشْبَهَ الْمَعْقُودَةَ.

(وَالْمُنْعِقِدَةُ مَا يَحْلِفُ عَلَى أَمْرٍ فِي الْمُسْتَقْبَلِ أَنْ يَفْعَلَهُ أَوْ لَا يَفْعَلَهُ وَإِذَا حِنْثَ فِي ذَلِكَ لَزِمَتْهُ الْكَفَّارَةُ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٥] وَهُوَ مَا ذَكَرْنَا.

الشرح:

(وَالْمُنْعِقِدَةُ مَا يَحْلِفُ عَلَى أَمْرِهِ فِي الْمُسْتَقْبَلِ) وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ.
(وَالْيَمِينُ اللَّغْوَانُ يَحْلِفُ عَلَى أَمْرٍ مَاضٍ وَهُوَ يَظُنُّ أَنَّهُ كَمَا قَالَ وَالْأَمْرُ بِخِلَافِهِ فَهَذِهِ الْيَمِينُ تَرْجُو أَنْ لَا يُؤَاخِذَ اللَّهُ بِهِ صَاحِبَهَا) وَمِنْ اللَّغْوِ أَنْ يَقُولَ: وَاللَّهِ إِنَّهُ لَزِيدٌ وَهُوَ يَظُنُّهُ زَيْدًا وَإِنَّمَا هُوَ عَمْرُو، وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ﴾ الْآيَةُ، إِلَّا أَنَّهُ عَلَقَهُ بِالرَّجَاءِ لِلاخْتِلَافِ فِي تَفْسِيرِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنَّهُ عَلَقَهُ بِالرَّجَاءِ) إِشَارَةٌ إِلَى مَا قَالَ فِي الْمَسْئُوطِ. فَإِنْ قِيلَ: فَمَا مَعْنَى تَعْلِيْقِ مُحَمَّدٍ نَفْيَ الْمُؤَاخَذَةِ فِي هَذَا التَّوَعُّجِ بِالرَّجَاءِ بِقَوْلِهِ تَرْجُو أَنْ لَا يُؤَاخِذَ اللَّهُ بِهَا صَاحِبَهَا وَعَدَمُ الْمُؤَاخَذَةِ فِي الْيَمِينِ اللَّغْوِ مَنْصُوصٌ عَلَيْهِ وَمَا عُرِفَ بِالنَّصِّ فَهُوَ مَقْطُوعٌ بِهِ؟ قُلْنَا نَعَمْ، وَلَكِنْ صُورَةُ تِلْكَ الْيَمِينِ مُخْتَلِفٌ فِيهَا، وَإِنَّمَا عُلِقَ بِالرَّجَاءِ نَفْيُ الْمُؤَاخَذَةِ فِي اللَّغْوِ بِالصُّورَةِ الَّتِي ذَكَرَهَا، وَذَلِكَ غَيْرُ مَعْلُومٍ بِالنَّصِّ، وَمَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ مِنْ تَفْسِيرِ اللَّغْوِ مَرْوِيُّ عَنْ زُرَّارَةَ بْنِ أَبِي أَوْفَى، وَعَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ. وَرَوَيْ عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ قَالَ: هُوَ قَوْلُ الرَّجُلِ فِي كَلَامِهِ لَا وَاللَّهِ وَبَلَى وَاللَّهِ، وَهُوَ قَرِيبٌ مِنْ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فَإِنَّ عِنْدَهُ اللَّغْوُ مَا يَجْرِي عَلَى اللِّسَانِ مِنْ غَيْرِ قَصْدٍ سِوَاءٍ كَانَ فِي الْمَاضِي أَوْ فِي الْمُسْتَقْبَلِ وَهُوَ إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا. وَرَوَتْ عَائِشَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ قَالَ فِي تَفْسِيرِ اللَّغْوِ: لَا وَاللَّهِ وَبَلَى وَاللَّهِ. وَتَأْوِيلُهُ عِنْدَنَا فِيمَا يَكُونُ خَبْرًا عَنِ الْمَاضِي، فَإِنَّ اللَّغْوَ مَا يَكُونُ خَالِيًا عَنِ الْفَائِدَةِ وَالْخَبَرِ فِي الْمَاضِي خَالٍ عَنِ فَائِدَةِ الْيَمِينِ لِأَنَّ فَائِدَتَهَا الْمَنَعُ أَوْ الْحَمْلُ وَذَلِكَ لَا يَتَحَقَّقُ فِي الْمَاضِي فَكَانَ لَعْوًا، أَمَّا فِي الْخَبَرِ فِي الْمُسْتَقْبَلِ فَعَدَمُ الْقَصْدِ لَا يَعْدَمُ فَائِدَةُ

الْيَمِينِ، وَقَدْ وَرَدَ الشَّرْعُ بِأَنَّ الْهَزْلَ وَالْجَدَّ فِي الْيَمِينِ سَوَاءٌ. وَلَقَائِلُ أَنْ يَقُولَ فِي حَصْرِ الْأَيْمَانِ عَلَى الثَّلَاثَةِ عَلَى التَّفْسِيرِ الْمَذْكُورِ فِي الْكِتَابِ نَظَرٌ، لِأَنَّ قَوْلَ الرَّجُلِ وَاللَّهُ إِنِّي لَقَائِمٌ الْآنَ فِي حَالِ قِيَامِهِ مَثَلًا يَمِينٌ، وَلَيْسَ مِنَ الضُّرُوبِ الْمَذْكُورَةِ فِي الْكِتَابِ عَلَى التَّفْسِيرِ الْمَذْكُورِ. وَيُمْكِنُ أَنْ يَلْتَزِمَ بِأَنَّهُ لَيْسَ يَمِينٌ عَلَى هَذَا الاصْطِلَاحِ لَمَّا مَرَّ مِنْ تَعْرِيفِهَا، وَإِنَّمَا هَذَا قَسَمٌ وَهُوَ جُمْلَةٌ إِنْشَائِيَّةٌ أَكَّدَتْ بِهَا جُمْلَةٌ أُخْرَى.

قَالَ: (وَالْقَاصِدُ فِي الْيَمِينِ وَالْمُكْرَهِ وَالنَّاسِي سَوَاءٌ) حَتَّى تَحِبَّ الْكَفَّارَةُ لِقَوْلِهِ ﷺ: «ثَلَاثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ: النِّكَاحُ، وَالطَّلَاقُ، وَالْيَمِينُ» وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ يُخَالِفُنَا فِي ذَلِكَ، وَسَنُبَيِّنُ فِي الْإِكْرَاهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى

الشرح:

(وَالْقَاصِدُ فِي الْيَمِينِ وَالْمُكْرَهِ وَالنَّاسِي) وَهُوَ أَنْ يَذْهَلَ عَنِ التَّلَفُّظِ بِالْيَمِينِ ثُمَّ يَتَذَكَّرُ أَنَّهُ تَلَفُّظٌ بِالْيَمِينِ نَاسِيًا. وَفِي بَعْضِ النُّسخِ ذِكْرُ الْخَاطِئِ مَكَانَ النَّاسِي، وَهُوَ أَنْ يُرِيدَ أَنْ يُسَيِّحَ مَثَلًا فَيَجْزِي عَلَى لِسَانِهِ الْيَمِينُ (سَوَاءٌ حَتَّى تَحِبَّ الْكَفَّارَةُ لِقَوْلِهِ ﷺ: «ثَلَاثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ: النِّكَاحُ، وَالطَّلَاقُ، وَالْيَمِينُ») فَإِنْ قُلْتَ: الْيَمِينُ عَقْدٌ يَقْوَى بِهَا عَزْمُ الْحَالِفِ عَلَى الْفِعْلِ أَوْ التَّرْكِ فَهُوَ مِنَ الْأَفْعَالِ الْاِخْتِيَارِيَّةِ فَكَيْفَ يَكُونُ النَّاسِي فِيهِ كَالْقَاصِدِ؟ قُلْتَ: ذَلِكَ هُوَ الْقِيَاسُ وَقَدْ تُرِكَ بِالنَّصِّ. لَا يَقَالُ: النَّصُّ مُعَارَضٌ بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأُ وَالنَّسْيَانُ» الْحَدِيثُ لِأَنَّهُ مُجْمَلٌ وَنَصُّ الْيَمِينِ مُفَسَّرٌ. وَقَوْلُهُ (وَالشَّافِعِيُّ يُخَالِفُنَا فِي ذَلِكَ) يَعْنِي فِي وَجُوبِ الْكَفَّارَةِ عَلَى الْمُكْرَهِ وَالنَّاسِي (وَسَنُبَيِّنُ فِي الْإِكْرَاهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى).

(وَمَنْ فَعَلَ الْمُحْلُوفَ عَلَيْهِ مُكْرَهًا أَوْ نَاسِيًا فَهُوَ سَوَاءٌ)؛ لِأَنَّ الْفِعْلَ الْحَقِيقِيَّ لَا يَنْعَدِمُ بِالْإِكْرَاهِ وَهُوَ الشَّرْطُ، وَكَذَا إِذَا فَعَلَهُ وَهُوَ مَغْمِيٌّ عَلَيْهِ أَوْ مَجْنُونٌ لَتَحَقُّقِ الشَّرْطِ حَقِيقَةً، وَلَوْ كَانَتْ الْحِكْمَةُ رَفَعَ الذَّنْبِ فَالْحُكْمُ يُدَارُ عَلَى دَلِيلِهِ وَهُوَ الْحِنْثُ لَا عَلَى حَقِيقَةِ الذَّنْبِ، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

(وَمَنْ فَعَلَ الْمُحْلُوفَ عَلَيْهِ نَاسِيًا أَوْ مُكْرَهًا فَهُوَ سَوَاءٌ) أَيُّ فَهُوَ وَمَنْ فَعَلَهُ مُخْتَارًا سَوَاءٌ. تَرَكَّهُ لِدَلَالَةِ فَحْوَى الْكَلَامِ عَلَيْهِ لِأَنَّ شَرْطَ الْحِنْثِ وَجُودَ الْفِعْلِ حَقِيقَةً وَقَدْ وَجِدَ

لأنه لا يتعدى بالإكراه، (وكذا إذا فعله وهو مغمى عليه أو مجنون لتحقق الشرط حقيقة) وهو وجود الفعل الحسي. وقوله (ولو كانت الحكمة رفع الذنب) جواب عما يقال الحكمة في إيجاب الكفارة رفع الذنب، والمغمى عليه والمجنون لا ذنب لهما لعدم فهم الخطاب فكيف تجب عليهما الكفارة. وتقريره: الحكم وهو وجوب الكفارة دائر مع دليل الذنب وهو الحث لا مع حقيقة الذنب، كوجوب الاستبراء دائر مع دليل شغل الرحم وهو استحداث الملك لا مع حقيقة الشغل حتى أنه يجب وإن لم يوجد الشغل أصلاً بأن اشترى جارية بكرًا أو اشتراها من امرأة. ولقائل أن يقول: إقامة الدليل مقام المدلول لدوران الحكم عليه إنما يكون إذا كان المدلول أمرًا خفيًا في الأصل فيدور عليه وإن لم يتصور المدلول في بعض الصور كما ذكرت من شغل الرحم، والمدلول في هذه الصورة وهو الذنب عند الحث مُحَقَّقٌ ظاهرٌ فلا يصح إقامة الدليل مقام المدلول.

(بَابُ مَا يَكُونُ يَمِينًا وَمَا لَا يَكُونُ يَمِينًا)

قال: (وَالْيَمِينُ بِاللَّهِ تَعَالَى أَوْ بِاسْمِ آخَرَ مِنْ أَسْمَاءِ اللَّهِ تَعَالَى كَالرَّحْمَنِ وَالرَّحِيمِ أَوْ بِصِفَةٍ مِنْ صِفَاتِهِ الَّتِي يُحْلَفُ بِهَا عُرْفًا كَعِزَّةِ اللَّهِ وَجَلَالِهِ وَكِبَرِيَّائِهِ) لأن الحلف بها متعارف، ومعنى اليمين وهو القوة حاصل؛ لأنه يعتدّ تعظيم الله وصفاته فصالح ذكره حاملاً ومائلاً.

الشرح:

(بَابُ مَا يَكُونُ يَمِينًا وَمَا لَا يَكُونُ يَمِينًا): لما فرغ من بيان ضروب الأيمان بين ما يكون يمينًا من الألفاظ وما لا يكون يمينًا (وَالْيَمِينُ بِاللَّهِ) أي بهذا الاسم (أَوْ بِاسْمِ آخَرَ مِنْ أَسْمَائِهِ كَالرَّحْمَنِ وَالرَّحِيمِ أَوْ بِصِفَةٍ مِنْ صِفَاتِ ذَاتِهِ الَّتِي يُحْلَفُ بِهَا عُرْفًا كَعِزَّةِ اللَّهِ وَجَلَالِهِ وَكِبَرِيَّائِهِ) والمراد بالاسم هاهنا لفظ ذال على الذات الموصوفة بصفة كالرحمن والرحيم وبالصفة المصادر التي تحصل عن وصف الله تعالى بأسماء فاعليها كالرحمة والعلم والعزة. والصفة على نوعين: صفة ذات وصفة فعل، لأنه إما أن يجوز الوصف به وبضده أو لا. والثاني صفة الذات كالعزة والعظمة والعلم. والأول صفة الفعل كالرحمة والغضب لجواز أن يقال رحم الله المؤمنين ولم يرحم

الكَافِرِينَ وَغَضِبَ عَلَى الْيَهُودِ دُونَ الْمُسْلِمِينَ، وَمَشَايِخُنَا الْعَرِاقِيُّونَ عَلَى أَنَّ الْحَلْفَ بِصِفَاتِ الذَّاتِ يَمِينٌ وَبِصِفَاتِ الْفِعْلِ لَيْسَ يَمِينٌ، وَيَلْزَمُهُمْ أَنْ يَكُونَ وَعِلْمُ اللَّهِ يَمِينًا، وَاعْتَذَرُوا بِأَنَّهُ الْقِيَاسُ وَلَكِنَّهُ تَرَكْ لِمَجِيئِهِ بِمَعْنَى الْمَعْلُومِ، وَمَشَايِخُ مَا وَرَاءَ النَّهْرِ عَلَى أَنَّ الْحَلْفَ بِكُلِّ صِفَةٍ تَعَارَفَ النَّاسُ الْحَلْفَ بِهَا يَمِينٌ وَبِكُلِّ صِفَةٍ لَمْ يَتَعَارَفُوهُ لَيْسَ يَمِينٌ، وَهُوَ مُخْتَارُ الْمُصَنِّفِ رَحِمَهُ اللَّهُ. يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ قَوْلُهُ يُخْلَفُ بِهَا عُرْفًا. وَقَوْلُهُ لِأَنَّ الْحَلْفَ بِهَا مُتَعَارَفٌ (قَوْلُهُ وَمَعْنَى الْيَمِينِ وَهُوَ الْقُوَّةُ إلخ) ذَكَرَهُ اسْتَظْهَارًا لِأَنَّهُ لَمَّا بَنَى الْأَيْمَانَ عَلَى الْعُرْفِ كَانَ وَجُودُهُ مُغْنِيًا عَنِ النَّظَرِ إِلَى غَيْرِهِ.

قَالَ (إِلَّا قَوْلُهُ وَعِلْمُ اللَّهِ فَإِنَّهُ لَا يَكُونُ يَمِينًا) لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَارَفٍ. وَلِأَنَّهُ يُذَكَّرُ وَيُرَادُ بِهِ الْمَعْلُومُ، يُقَالُ اللَّهُمَّ اغْفِرْ عِلْمَكَ فِينَا: أَيِ مَعْلُومِكَ (وَلَوْ قَالَ وَغَضِبَ اللَّهُ وَسَخَطَهُ لَمْ يَكُنْ حَالِفًا) وَكَذَا وَرَحْمَتِ اللَّهِ؛ لِأَنَّ الْحَلْفَ بِهَا غَيْرُ مُتَعَارَفٍ؛ وَلِأَنَّ الرَّحْمَةَ قَدْ يُرَادُ بِهَا أَثَرُهُ، وَهُوَ الْمَطَرُ أَوِ الْجَنَّةُ وَالْغَضَبُ وَالسَّخَطُ يُرَادُ بِهِمَا الْعُقُوبَةُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (إِلَّا قَوْلُهُ وَعِلْمُ اللَّهِ) اسْتِثْنَاءٌ مُنْقَطِعٌ مِنْ قَوْلِهِ أَوْ بِصِفَةٍ مِنْ صِفَاتِهِ الَّتِي يُخْلَفُ بِهَا عُرْفًا. فَإِنَّ الْيَمِينَ بِهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ مُتَعَارَفًا كَانَ اسْتِثْنَاءُهُ عَنِ الْعُرْفِ مُنْقَطِعًا، وَالْكَلَامُ فِي قَوْلِهِ وَلِأَنَّهُ يُذَكَّرُ وَيُرَادُ بِهِ الْمَعْلُومُ كَالْكَلَامِ فِي قَوْلِهِ وَمَعْنَى الْيَمِينِ وَهُوَ الْقُوَّةُ حَاصِلٌ فِي أَنَّهُ مَذْكُورٌ لِلِاسْتَظْهَارِ.

نَعَمْ الْعَرِاقِيُّونَ يَحْتَاجُونَ إِلَى ذِكْرِ مَعْدَرَةٍ عَنْ وَرُودِهِ عَلَى أَصْلِهِمْ كَمَا تَقَدَّمَ. وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ الرَّحْمَةَ قَدْ يُرَادُ بِهَا أَثَرُهَا) مَنقُوضٌ بِقُدْرَةِ اللَّهِ تَعَالَى لِأَنَّهُ يُقَالُ أَنْظُرْ إِلَى قُدْرَةِ اللَّهِ تَعَالَى وَالْمَرَادُ أَثَرُهُ، وَإِلَّا لَكَانَ بِمَعْنَى الْمَقْدُورِ لَكُونَ الْقُدْرَةُ غَيْرُ مَرْتَبَةٍ فَتَكُونُ كَالْعِلْمِ وَمَعَ ذَلِكَ يُخْلَفُ بِهَا.

وَالْحَقُّ أَنَّ مَبْنَى الْأَيْمَانِ عَلَى الْعُرْفِ، فَمَا تَعَارَفَ النَّاسُ الْحَلْفَ بِهِ كَانَ يَمِينًا. وَالْحَلْفُ بِقُدْرَةِ اللَّهِ تَعَالَى مُتَعَارَفٌ، وَيَعْلَمُهُ وَرَحْمَتُهُ وَغَضَبُهُ غَيْرُ مُتَعَارَفٍ وَلِهَذَا قَالَ مُحَمَّدٌ: وَأَمَانَةُ اللَّهِ يَمِينٌ، ثُمَّ لَمَّا سُئِلَ عَنْ مَعْنَاهُ قَالَ: لَا أَذْرِي، فَكَأَنَّهُ وَجَدَ الْعَرَبَ تُخْلَفُ بِأَمَانَةِ اللَّهِ تَعَالَى عَادَةً فَجَعَلَهُ يَمِينًا كَأَنَّهُ قَالَ وَاللَّهِ الْأَمِينِ.

(وَمَنْ حَلَفَ بِغَيْرِ اللَّهِ لَمْ يَكُنْ حَالِفًا كَالنَّبِيِّ وَالْكَعْبَةِ) لِقَوْلِهِ ﷺ «مَنْ كَانَ مِنْكُمْ

حَالِفًا فَلْيَحْلِفْ بِاللَّهِ أَوْ لِيَذَرَ»^(١) (وَكَذَا إِذَا حَلَفَ بِالْقُرْآنِ) لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَارَفٍ، قَالَ رَضِيَ
 اللَّهُ عَنْهُ: مَعْنَاهُ أَنْ يَقُولَ وَالنَّبِيِّ وَالْقُرْآنِ، أَمَا لَوْ قَالَ أَنَا بَرِيءٌ مِنْهُمَا يَكُونُ يَمِينًا؛ لِأَنَّ
 التَّبَرِّيَ مِنْهُمَا كُفْرٌ.

الشرح:

(وَمَنْ حَلَفَ بِغَيْرِ اللَّهِ لَمْ يَكُنْ حَالِفًا مِثْلَ أَنْ يَقُولَ وَالنَّبِيِّ وَالْقُرْآنَ وَالْكَعْبَةَ لِقَوْلِهِ
 ﷺ «مَنْ كَانَ مِنْكُمْ حَالِفًا فَلْيَحْلِفْ بِاللَّهِ أَوْ لِيَذَرَ») رَوَى مَالِكٌ فِي الْمَوْطَأِ عَنْ نَافِعٍ عَنْ
 ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَذْرَكَ عُمَرَ وَهُوَ يَسِيرُ فِي رَكْبٍ وَهُوَ
 يَحْلِفُ بِأَبِيهِ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: إِنَّ اللَّهَ يَنْهَاكُمْ أَنْ تَحْلِفُوا بِآبَائِكُمْ، فَمَنْ كَانَ
 حَالِفًا فَلْيَحْلِفْ بِاللَّهِ أَوْ لِيَصْمُتْ» قَالَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ (أَمَا لَوْ قَالَ أَنَا بَرِيءٌ مِنْهُ
 يَكُونُ يَمِينًا لِأَنَّ التَّبَرِّيَ مِنْهُمَا) أَيِ مِنَ النَّبِيِّ وَالْقُرْآنِ (كُفْرٌ) وَلِقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: سَلَمْنَا أَنَّ
 التَّبَرِّيَ مِنْهُمَا وَكَذَا مِنْ كُلِّ كِتَابٍ سَمَاوِيٍّ كُفْرٌ، لَكِنْ كَوْنُهُ كُفْرًا لَيْسَ بِيَمِينٍ وَلَا
 يَسْتَلْزِمُهَا، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ قَالَ بِحَيَاتِكَ لَأَفْعَلَنَّ كَذَا وَاعْتَقَدَ أَنَّ الْبَرَّ بِهِ وَاجِبٌ كُفْرٌ
 وَلَيْسَ بِيَمِينٍ. وَالْجَوَابُ سَيَجِيءُ عِنْدَ قَوْلِهِ إِنْ فَعَلَ كَذَا فَهُوَ يَهُودِيٌّ أَوْ نَصْرَانِيٌّ.

قَالَ (وَالْحَلْفُ بِحُرُوفِ الْقَسَمِ، وَحُرُوفُ الْقَسَمِ الْوَاوُ كَقَوْلِهِ وَاللَّهِ وَالْبَاءُ كَقَوْلِهِ
 بِاللَّهِ وَالْتَّاءُ كَقَوْلِهِ تَاللَّهِ) لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ مَعْهُودٌ فِي الْأَيْمَانِ وَمَذْكُورٌ فِي الْقُرْآنِ.

الشرح:

قَالَ (وَالْحَلْفُ بِحُرُوفِ الْقَسَمِ) الْحَلْفُ بِاللَّهِ إِنَّمَا يَكُونُ بِحَرْفِ الْقَسَمِ ظَاهِرًا أَوْ
 مُضْمَرًا، وَبَحْثُ حُرُوفِ الْقَسَمِ وَكَوْنِ الْبَاءِ أَصْلًا وَغَيْرَهَا بَدَلًا وَجَوَازَ إِضْمَارِ الْحُرُوفِ
 وَالنَّصْبِ بَعْدَ الْإِضْمَارِ عَلَى مَا اخْتَارَهُ الْبَصْرِيُّونَ أَوْ الْجَرُّ عَلَى مَا اخْتَارَهُ الْكُوفِيُّونَ كُلُّهُ
 وَظِيفَةُ نَحْوِيَّةٌ فِي الْأَصْلِ، وَالْأَصُولِيُّ يَبْحَثُ عَنْهَا مِنْ حَيْثُ اسْتِنْبَاطُ الْمَسَائِلِ الْفَقْهِيَّةِ
 مِنْهَا وَالْوَاصِلُ إِلَى حَدِّ الْأَشْغَالِ بِكِتَابِ الْهَدَايَةِ لَا بُدَّ وَأَنْ يَكُونَ قَدْ حَلَفَ ذَلِكَ وَرَأَاهُ.
 وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْإِضْمَارِ وَالْحَذْفِ بَقَاءُ أَثَرِ الْمُضْمَرِ دُونَ الْمَحْذُوفِ. وَالْمُصَنِّفُ ذَكَرَ الْإِضْمَارَ
 فِي الرَّوَايَةِ وَالْحَذْفَ فِي التَّغْلِيلِ بِطَرِيقِ الْمُسَاهَلَةِ كَذَا فِي النَّهَايَةِ. وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ أُطْلِقَ
 الْإِضْمَارَ بِالنَّظَرِ إِلَى الْجَرِّ وَالْحَذْفَ بِالنَّظَرِ إِلَى النَّصْبِ.

(١) أخرجه البخاري (٦١٠٨)، ومسلم في الأيمان (٢)، وانظر نصب الراية (٤٤٨/٣).

(وَقَدْ يُضْمَرُ الْحَرْفُ فَيَكُونُ حَالِفًا كَقَوْلِهِ اللَّهُ لَا أَفْعَلُ كَذَا) لِأَنَّهُ حَذَفَ الْحَرْفَ مِنْ عَادَةِ الْعَرَبِ إِجْزَاءً، ثُمَّ قِيلَ يُنْصَبُ لِانْتِزَاعِ الْحَرْفِ الْخَافِضِ، وَقِيلَ يُخَفِّضُ فَتَكُونُ الْكُسْرَةُ دَالَّةً عَلَى الْمَحْذُوفِ، وَكَذَا إِذَا قَالَ اللَّهُ فِي الْمُخْتَارِ لِأَنَّهُ الْبَاءُ تُبَدَّلُ بِهَا، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿ءَامَنْتُمْ لَهُ﴾ أَيَّ آمَنْتُمْ بِهِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِذَا قَالَ وَحَقَّ اللَّهُ فَلَيْسَ بِحَالِفٍ، وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى وَإِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى. وَعَنْهُ رِوَايَةٌ أُخْرَى أَنَّهُ يَكُونُ يَمِينًا لِأَنَّ الْحَقَّ مِنْ صِفَاتِ اللَّهِ تَعَالَى وَهُوَ حَقِيقَتُهُ فَصَارَ كَأَنَّهُ قَالَ وَاللَّهُ الْحَقُّ وَالْحَلْفُ بِهِ مُتَعَارَفٌ. وَلَهُمَا أَنَّهُ يُرَادُ بِهِ طَاعَةُ اللَّهِ تَعَالَى، إِذِ الطَّاعَاتُ حُقُوقُهُ فَيَكُونُ حَالِفًا بِغَيْرِ اللَّهِ، قَالُوا: وَلَوْ قَالَ وَالْحَقُّ يَكُونُ يَمِينًا، وَلَوْ قَالَ حَقًّا لَا يَكُونُ يَمِينًا؛ لِأَنَّ الْحَقَّ مِنْ أَسْمَاءِ اللَّهِ تَعَالَى، وَالْمُنْكَرُ يُرَادُ بِهِ تَحْقِيقُ الْوَعْدِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَكَذَا إِذَا قَالَ اللَّهُ فِي الْمُخْتَارِ احْتِرَازٌ عَمَّا رُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَوْ قَالَ اللَّهُ عَلَيَّ أَنْ لَا أَكَلِمَ فَلَاكًا أَنَّهَا لَيْسَتْ يَمِينٍ، إِلَّا أَنْ يَنْوِيَ لِأَنَّ الصَّيْغَةَ صِيغَةُ النَّذْرِ وَيَحْتَمِلُ مَعْنَى الْيَمِينِ، وَلَا أَتَرَ لِتَغْيِيرِ الْإِعْرَابِ فِي الْمُقَسَّمِ بِهِ نَصَبًا وَجَرًّا فِي مَنْعِ صِحَّةِ الْقَسَمِ لِأَنَّ الْعَوَامَّ لَا يُمَيِّزُونَ بَيْنَ وَجْهِ الْإِعْرَابِ. وَقَوْلُهُ (قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَالْمُنْكَرُ يُرَادُ بِهِ تَحْقِيقُ الْوَعْدِ) يُرِيدُ الْفَرْقَ بَيْنَ وَالْحَقِّ وَحَقًّا بِأَنَّ الْمَعْرَفَ اسْمٌ مِنْ أَسْمَاءِ اللَّهِ تَعَالَى. قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَلَوْ أَتَبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ﴾ [المؤمنون: ٧١] وَالْحَلْفُ بِهِ مُتَعَارَفٌ فَيَكُونُ يَمِينًا. وَأَمَّا الْمُنْكَرُ فَهُوَ مَصْدَرٌ مَنْصُوبٌ بِفِعْلِ مُقَدَّرٍ فَكَأَنَّهُ قَالَ: أَفْعَلُ هَذَا الْفِعْلَ لَا مَحَالَةَ، وَلَيْسَ فِيهِ مَعْنَى الْحَلْفِ فَضْلًا عَنْ الْيَمِينِ.

(وَلَوْ قَالَ أَهْسِمُ أَوْ أَهْسِمَ بِاللَّهِ أَوْ أَحْلَفُ أَوْ أَحْلَفُ بِاللَّهِ أَوْ أَشْهَدُ أَوْ أَشْهَدُ بِاللَّهِ فَهُوَ حَالِفٌ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَلْفَافَ مُسْتَعْمَلَةً فِي الْحَلْفِ وَهَذِهِ الصَّيْغَةُ لِلْحَالِ حَقِيقَةٌ وَتُسْتَعْمَلُ لِلِاسْتِقْبَالِ بِقَرِينَةٍ فَجُعِلَ حَالِفًا فِي الْحَالِ، وَالشَّهَادَةُ يَمِينٌ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللَّهِ﴾ [المنافقون: ١] ثُمَّ قَالَ ﴿اتَّخَذُوا أَيْمَانَهُمْ جُنَّةً﴾ [المنافقون: ٢] وَالْحَلْفُ بِاللَّهِ هُوَ الْمَعْهُودُ الْمَشْرُوعُ وَبِغَيْرِهِ مَحْظُورٌ فَصُرِفَ إِلَيْهِ. وَلِهَذَا قِيلَ لَا يَحْتَاجُ إِلَى النِّيَّةِ. وَقِيلَ لَا بُدَّ مِنْهَا لِاحْتِمَالِ الْعِدَّةِ وَالْيَمِينِ بِغَيْرِ اللَّهِ.

الشرح:

(وَلَوْ قَالَ أَقْسِمُ أَوْ أَقْسِمُ بِاللَّهِ أَوْ أَخْلَفُ أَوْ أَخْلَفُ بِاللَّهِ) ظَاهِرٌ. وَاعْتَرَضَ بِأَنَّ الْيَمِينَ مَا كَانَ حَامِلًا عَلَى فِعْلٍ شَيْءٍ أَوْ تَرْكِهِ مُوجِبًا لِلْبَرِّ، وَعِنْدَ فَوَاتِهِ يَكُونُ مُوجِبًا لِلْكَفَّارَةِ عَلَى وَجْهِ الْخِلَافَةِ عَنِ الْبَرِّ. ثُمَّ قَوْلُهُ أَقْسِمُ لَا يَكُونُ مُوجِبًا مِنَ الْبَرِّ شَيْئًا بِمُحَرِّدِهِ لِأَنَّهُ لَمْ تَنْعَقِدْ يَمِينُهُ عَلَى فِعْلٍ شَيْءٍ أَوْ تَرْكِهِ فَكَيْفَ يَكُونُ يَمِينًا، وَلَآنَ الْكَفَّارَةُ إِنَّمَا تَكُونُ لِسِتْرِ الذَّنْبِ الَّذِي وَقَعَ فِيهِ بِسَبَبِ هَتِكِ حُرْمَةِ اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى وَلَيْسَ فِي أَقْسِمُ مُجَرَّدًا هَتِكِ حُرْمَةِ اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى فَكَيْفَ يَكُونُ مُوجِبًا لِلْكَفَّارَةِ، وَلَآنَ قَوْلُهُ أَقْسِمُ صِغَةً فِعْلٍ مُضَارِعٍ فَكَمَا تَكُونُ هِيَ لِلْحَالِ كَذَلِكَ تَكُونُ لِلْاسْتِقْبَالِ، فَلَوْ وَجَبَتْ الْكَفَّارَةُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهَا لِلْحَالِ لَمْ تَجِبْ مِنْ حَيْثُ إِنَّهَا لِلْاسْتِقْبَالِ وَلَمْ تَكُنْ وَاجِبَةً قَبْلَ هَذَا فَلَا تَجِبُ بِالشُّكِّ لَا سِيَّمَا فِي حَقِّ الْكَفَّارَةِ فَإِنَّهَا مُلْحَقَةٌ بِالْحُدُودِ حَتَّى إِنَّهَا إِذَا اجْتَمَعَتْ تَدَاخَلَتْ كَالْحُدُودِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ الْحَقُّ بِقَوْلِهِ عَلَيَّ يَمِينٌ وَهُوَ يُوجِبُ الْكَفَّارَةَ ذَكَرَهُ فِي الذَّخِيرَةِ وَغَيْرِهَا. وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ كَلِمَةَ عَلَيَّ لِلْإِجَابِ وَالْيَمِينَ لَا يُوصَفُ بِالْوُجُوبِ، وَإِنَّمَا مُوجِبُهُ يُوصَفُ بِذَلِكَ وَمُوجِبُهُ الْبَرُّ وَهُوَ غَيْرُ مُمَكِّنٍ هُنَا أَوْ خَلْفَهُ وَهُوَ الْكَفَّارَةُ فَيَجْعَلُ كَلَامُهُ إِقْرَارًا بِالْكَفَّارَةِ صَوْتًا لِكَلَامِهِ عَنِ الْإِلْغَاءِ. وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ أَقْسِمُ إِنْخِبَارٌ عَنِ الْقَسَمِ فِي الْحَالِ وَمَا تَمَّ قَسَمٌ لِأَنَّهُ عِبَارَةٌ عَنْ جُمْلَةٍ إِنْشَائِيَّةٍ يُؤَكِّدُ بِهَا جُمْلَةً أُخْرَى كَمَا تَقَدَّمَ وَلَمْ يُوجَدْ مِنْهُ شَيْءٌ فَيَجْعَلُ إِقْرَارًا عَنْ مُوجِبٍ مُوجِبِ الْيَمِينَ بِطَرِيقِ الْخِلَافَةِ لَذَلِكَ، وَإِذَا كَانَ إِقْرَارًا بِوُجُوبِ الْكَفَّارَةِ لَمْ يَحْتَجْ إِلَى وَجُوبِ الْبَرِّ ابْتِدَاءً وَلَا إِلَى تَصْوِيرِ هَتِكِ حُرْمَةِ اسْمِ اللَّهِ وَلَا إِلَى جَعْلِ تِلْكَ الصِّغَةِ لِلْاسْتِقْبَالِ، وَهَذَا كَمَا تَرَى يُشِيرُ إِلَى أَنَّهُ قَالَ عَلَيَّ يَمِينٌ أَوْ أَقْسِمُ وَلَمْ يَزِدْ عَلَى ذَلِكَ، أَمَّا إِذَا قَالَ أَقْسِمُ لِأَفْعَلَنَّ كَذَا أَوْ عَلَيَّ يَمِينٌ أَنْ أَفْعَلَ كَذَا لَا يَصِحُّ إِقْرَارًا فَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ الْيَمِينَ عَقْدٌ قَوِيٌّ بِهِ عَزْمُ الْخَالِفِ عَلَى الْفِعْلِ أَوْ التَّرَكِّ وَهُوَ مَوْجُودٌ، وَالْعَادَةُ قَدْ جَرَتْ بِالْيَمِينِ بِهِ.

قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿إِذْ أَقْسَمُوا لَيَصْرِمُنَّهَا مُصْبِحِينَ﴾ [القلم: ١٧]، وَقَالَ تَعَالَى ﴿أَقْسِمُوا بِاللَّهِ جَهْدَ أَيْمَنِهِمْ﴾ [المائدة: ٥٣] وَقَالَ تَعَالَى ﴿تَحْلِفُونَ لَكُمْ لَتَرْضَوْا عَنْهُمْ فَإِنْ تَرْضَوْا عَنْهُمْ﴾ [التوبة: ٩٦] وَقَالَ تَعَالَى ﴿تَحْلِفُونَ بِاللَّهِ لَكُمْ لَتَرْضَوْكُمْ﴾

[التوبة: ٦٢] وَقَالَ تَعَالَى ﴿قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللَّهِ﴾ [المنافقون: ١] وَقَالَ تَعَالَى: ﴿فَشَهَدَةَ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ﴾ [النور: ٦] فَكَمَا جَازَ أَنْ يَكُونَ حَرْفُ الْقَسَمِ مُضْمَرًا جَازَ أَنْ يَكُونَ الْمُقْسَمُ بِهِ أَيْضًا كَذَلِكَ، وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى زُفَرٍ فِي عَدَمِ جَوَازِهِ بِدُونِ ذِكْرِ اسْمِ اللَّهِ. ثُمَّ اخْتَلَفَ فِي الثَّيَّةِ إِذَا لَمْ يَذْكُرْ اسْمَ اللَّهِ تَعَالَى، فَقِيلَ: لَا يَحْتَاجُ إِلَيْهَا، وَقِيلَ لَا بُدَّ مِنْهَا لِاحْتِمَالِ الْعِدَّةِ وَالْيَمِينِ بغيرِ اللَّهِ.

(وَلَوْ قَالَ بِالْفَارِسِيَّةِ سَوَكَنْدَ مِيخُورَمَ بِخَدَايَ يَكُونُ يَمِينًا): لِأَنَّهُ لِلْحَالِ. وَلَوْ قَالَ سَوَكَنْدَ خُورَمَ قِيلَ لَا يَكُونُ يَمِينًا وَلَوْ قَالَ بِالْفَارِسِيَّةِ سَوَكَنْدَ خُورَمَ بِطَلَاقِ زَنْمَ لَا يَكُونُ يَمِينًا؛ لَعَدَمِ التَّعَارُفِ.

قَالَ: (وَكَذَا قَوْلُهُ لَعَمْرُ اللَّهِ وَائِمُّ اللَّهِ) لِأَنَّ عَمَرَ اللَّهِ بَقَاءَ اللَّهِ، وَائِمُّ اللَّهِ مَعْنَاهُ ائِمْنُ اللَّهِ وَهُوَ جَمْعُ يَمِينٍ، وَقِيلَ مَعْنَاهُ وَاللَّهُ وَائِمُّ صِلَةً كَالْوَاوِ، وَالْحَلْفُ بِاللَفْظَيْنِ مُتَعَارَفٌ.

الشرح:

قَالَ (وَكَذَا قَوْلُهُ لَعَمْرُ اللَّهِ) هَذَا مَعْطُوفٌ عَلَى أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ وَهُوَ قَوْلُهُ أَقْسَمُ الْحُجَّ وَالْعَمْرُ بِالْفَتْحِ وَالضَّمُّ الْبَقَاءُ إِلَّا أَنْ الْفَتْحَ غَلَبَ فِي الْقَسَمِ لَا يَجُوزُ فِيهِ الضَّمُّ. قَالَ فِي الْمَبْسُوطِ: لَعَمْرُ اللَّهِ يَمِينٌ بِاعْتِبَارِ الْمَعْنَى، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿لَعَمْرُكَ﴾ [الحجر: ٧٢] وَالْعَمْرُ هُوَ الْبَقَاءُ وَالْبَقَاءُ صِفَاتُ الذَّاتِ فَكَأَنَّهُ قَالَ وَاللَّهُ الْبَاقِي (وَائِمُّ اللَّهِ) مَعْنَاهُ ائِمْنُ اللَّهِ وَهُوَ جَمْعُ يَمِينٍ عِنْدَ الْكُوفِيِّينَ. وَقَالَ الْبَصْرِيُّونَ: مَعْنَاهُ وَاللَّهُ وَكَلِمَةُ ائِمُّ صِلَةٌ: أَيُّ كَلِمَةٍ مُسْتَقْلَةٍ كَالْوَاوِ وَالْبَحْثُ فِي قَطْعِ هَمْزَتِهِ وَوَصْلِهَا وَغَيْرِ ذَلِكَ وَظِيْفَةٌ نَحْوِيَّةٌ. قَوْلُهُ (وَالْحَلْفُ بِاللَفْظَيْنِ) يُرِيدُ بِهِ قَوْلُهُ لَعَمْرُكَ وَائِمُّ اللَّهِ (مُتَعَارَفٌ) يُحْلَفُ بِهِمَا فِي الْعَادَةِ وَلَمْ يَرِدْ نَهْيٌ مِنَ الشَّرْعِ فَيَكُونُ يَمِينًا.

(وَكَذَا قَوْلُهُ وَعَهْدُ اللَّهِ وَمِيثَاقُهُ) لِأَنَّ الْعَهْدَ يَمِينٌ. قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ﴾ [النحل: ٩١] وَالْمِيثَاقُ عِبَارَةٌ عَنِ الْعَهْدِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَكَذَا قَوْلُهُ عَهْدُ اللَّهِ وَمِيثَاقُهُ) ظَاهِرٌ. وَمَنْ قَالَ عَلَيَّ نَذْرٌ أَوْ نَذَرُ اللَّهِ أَنْ لَا أَفْعَلَ كَذَا كَانَ يَمِينًا.

(وَكَذَا إِذَا قَالَ عَلَيَّ نَذْرٌ أَوْ نَذَرُ اللَّهِ) لِقَوْلِهِ ﷺ «مَنْ نَذَرَ نَذْرًا وَلَمْ يُسَمِّ فَعَلَيْهِ

كَفَّارَةٌ يَمِينٌ»^(١).

الشرح:

لِقَوْلِهِ ﷺ "مَنْ نَذَرَ نَذْرًا وَلَمْ يُسَمِّ فَعَلَيْهِ كَفَّارَةٌ يَمِينٌ".

(وَأِنْ قَالَ إِنْ فَعَلْتُ كَذَا فَهُوَ يَهُودِيٌّ أَوْ نَصْرَانِيٌّ أَوْ كَافِرٌ تَكُونُ يَمِينًا)؛ لِأَنَّهُ لَمَّا جَعَلَ الشَّرْطَ عَلَمًا عَلَى الْكُفْرِ فَقَدْ اعْتَقَدَهُ وَاجِبَ الْامْتِنَاعِ، وَقَدْ أُمِكنَ الْقَوْلُ بِوُجُوهِهِ لغيرِهِ بِجَعْلِهِ يَمِينًا كَمَا تَقُولُ فِي تَحْرِيمِ الْحَلَالِ. وَلَوْ قَالَ ذَلِكَ لَشَيْءٍ عَقْدَ فِعْلِهِ فَهُوَ الْغُمُوسُ، وَلَا يَكْفُرُ اعْتِبَارًا بِالْمُسْتَقْبَلِ. وَقِيلَ يَكْفُرُ؛ لِأَنَّهُ تَنْجِيزٌ مَعْنَى فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ هُوَ يَهُودِيٌّ. وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَكْفُرُ فِيهِمَا إِنْ كَانَ يَعْلَمُ أَنَّهُ يَمِينٌ، وَإِنْ كَانَ عِنْدَهُ أَنَّهُ يَكْفُرُ بِالْحَلْفِ يَكْفُرُ فِيهِمَا؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِالْكُفْرِ حَيْثُ أَهْدَمَ عَلَى الْفِعْلِ.

الشرح:

وَمَنْ قَالَ إِنْ فَعَلَ كَذَا فَهُوَ يَهُودِيٌّ أَوْ نَصْرَانِيٌّ أَوْ كَافِرٌ أَوْ مَجُوسِيٌّ كَانَ يَمِينًا، لِأَنَّهُ لَمَّا جَعَلَ الشَّرْطَ عَلَمًا عَلَى الْكُفْرِ فَقَدْ اعْتَقَدَهُ وَاجِبَ الْامْتِنَاعِ، وَقَدْ أُمِكنَ الْقَوْلُ بِوُجُوهِهِ لغيرِهِ بِجَعْلِهِ يَمِينًا كَمَا تَقُولُ فِي تَحْرِيمِ الْحَلَالِ) وَهَذَا جَوَابُ مَنْ قَالَ أَنَا بَرِيءٌ مِنَ الْكُفْبَةِ أَوْ النَّبِيِّ ﷺ فَإِنَّهُ يَكُونُ يَمِينًا وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ كُفْرًا لِأَنَّهُ اعْتَقَدَ أَنَّهُ الْبَرَاءَةُ عَنِ وَاجِبِ الْامْتِنَاعِ، وَقَدْ أُمِكنَ الْقَوْلُ بِوُجُوهِهِ لغيرِهِ فَكَانَ يَمِينًا، هَذَا هُوَ الْمَوْعُودُ فِيمَا تَقَدَّمَ، وَقَدْ رُوِيَ عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ إِذَا قَالَ هُوَ يَهُودِيٌّ إِنْ فَعَلَ كَذَا هُوَ نَصْرَانِيٌّ إِنْ فَعَلَ كَذَا فَهُمَا يَمِينَانِ، وَإِنْ قَالَ هُوَ يَهُودِيٌّ أَوْ نَصْرَانِيٌّ إِنْ فَعَلَ كَذَا فَهُوَ يَمِينٌ وَاحِدَةٌ، لِأَنَّ فِي الْأَوَّلِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ اللَّفْظَيْنِ تَأْمٌ بِذِكْرِ الشَّرْطِ وَالْجَزَاءِ، وَفِي الثَّانِي كَلَامٌ وَاحِدٌ حِينَ ذَكَرَ الشَّرْطَ مَرَّةً وَاحِدَةً.

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ قَالَ ذَلِكَ لَشَيْءٍ قَدْ فَعَلَهُ) يَعْنِي لَوْ حَلَفَ بِهَذَا اللَّفْظِ عَلَى أَمْرِ مَاضٍ، فَإِنْ كَانَ عِنْدَهُ أَنَّهُ صَادِقٌ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ يَعْلَمُ أَنَّهُ كَاذِبٌ (فَهُوَ الْغُمُوسُ وَلَا يَكْفُرُ اعْتِبَارًا بِالْمُسْتَقْبَلِ) يَعْنِي كَمَا لَوْ حَلَفَ بِهِ عَلَى أَمْرِ فِي الْمُسْتَقْبَلِ فَإِنَّهُ فِي الْمُسْتَقْبَلِ كَانَ يَمِينًا يَكْفُرُ، وَلَا يَكْفُرُ الْحَالِفُ كَذَلِكَ إِذَا كَانَ فِي الْمَاضِي (وَقِيلَ) وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدِ بْنِ مُقَاتِلٍ (يَكْفُرُ لِأَنَّهُ) عُلِقَ الْكُفْرُ بِمَا هُوَ مَوْجُودٌ وَالتَّعْلِيقُ بِالْمَوْجُودِ (تَنْجِيزٌ)

(١) أخرجه أبو داود (٣٣٢٢)، وابن ماجه (٢١٢٨)، وانظر نصب الراية (٤٥٠/٣).

فَكَأَنَّهُ قَالَ هُوَ يَهُودِيٌّ. قَالَ فِي النَّهْيَةِ وَالصَّحِيحِ أَنَّهُ إِذَا كَانَ عَالِمًا يَعْرِفُ أَنَّهُ يَمِينٌ فَلَا يَكْفُرُ بِهِ فِي الْمَاضِي وَالْمُسْتَقْبَلِ، وَإِنْ كَانَ جَاهِلًا أَوْ عِنْدَهُ أَنَّهُ يَكْفُرُ بِالْحَلْفِ فَإِنَّهُ يَكْفُرُ فِي الْمَاضِي وَالْمُسْتَقْبَلِ لِأَنَّهُ لَمَّا أَقْدَمَ عَلَى ذَلِكَ الْفِعْلِ وَعِنْدَهُ أَنَّهُ يَكْفُرُ فَقَدْ رَضِيَ بِالْكَفْرِ. (وَلَوْ قَالَ إِنْ فَعَلْتَ كَذَا فَعَلَيْ غَضَبِ اللَّهِ أَوْ سَخَطِ اللَّهِ فَلَيْسَ بِحَلْفٍ) لِأَنَّهُ دُعَاءٌ عَلَى نَفْسِهِ، وَلَا يَتَعَلَّقُ ذَلِكَ بِالشَّرْطِ؛ وَلِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَارَفٍ (وَكَذَا إِذَا قَالَ إِنْ فَعَلْتَ كَذَا فَأَنَا زَانٍ أَوْ سَارِقٌ أَوْ شَارِبُ خَمْرٍ أَوْ أَكُلُ رِبَا)؛ لِأَنَّ حُرْمَةَ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ تَحْتَمِلُ النَّسْخَ وَالتَّبْدِيلَ فَلَمْ تَكُنْ فِي مَعْنَى حُرْمَةِ الْأَسْمِ وَلِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُتَعَارَفٍ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ حُرْمَةَ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ تَحْتَمِلُ النَّسْخَ وَالتَّبْدِيلَ) قَالَ فِي النَّهْيَةِ: أَمَّا الزَّانُ وَالسَّارِقُ فَإِنَّهُمَا لَا يَحْتَمِلَانِ النَّسْخَ، وَلَكِنْ ذَلِكَ الْفِعْلُ الْمَقْصُودُ بِالزَّانِ وَالْعَيْنِ الْمَقْصُودَةُ بِالسَّارِقِ بَعِيْنُهُ جَازٍ أَنْ يَكُونَ حَلَالًا لَهُ بِوَجْهِ النِّكَاحِ وَمِلْكِ الْيَمِينِ فَسَمِيَ احْتِمَالِ انْقِلَابِهِمَا مِنَ الْحُرْمَةِ إِلَى الْحَلِّ بِالسَّبَبِ الشَّرْعِيِّ نَسْخًا وَتَبْدِيلًا، وَأَمَّا الْخَمْرُ وَالرِّبَا فَيَحْتَمِلَانِ النَّسْخَ. أَمَّا الْخَمْرُ فَظَاهِرٌ أَنَّهَا كَانَتْ حَلَالًا ثُمَّ انْتَسَخَ، وَأَمَّا الرِّبَا فَيَحْتَمِلُ النَّسْخَ فِي نَفْسِهِ وَإِنْ لَمْ يَرِدْ النَّسْخُ فِي حَقِّهِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَحِلُّ فِي دَارِ الْحَرْبِ. وَأَقُولُ: فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ لَفٌّ وَتَشَرُّ عَلَى غَيْرِ السَّنَنِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ قَوْلَهُ نَسْخًا مُتَعَلِّقٌ بِشَرْبِ الْخَمْرِ وَأَكْلِ الرِّبَا. وَقَوْلُهُ تَبْدِيلًا بِالزَّانِ وَالسَّارِقِ وَيُرَادُ بِالتَّبْدِيلِ انْقِلَابُ الْمَحَلِّ عَلَى مَا ذَكَرَ، وَهَذَا إِفَادَةٌ وَالْحَمْلُ عَلَى مَا ذَكَرَهُ صَاحِبُ النَّهْيَةِ إِعَادَةً، وَالْحَمْلُ عَلَى الْأَوَّلَى أَوْلَى، فَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ لَمْ تَكُنْ حُرْمَةُ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ فِي مَعْنَى حُرْمَةِ اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى لِأَنَّ حُرْمَتَهُ لَا تَحِلُّ فِي حَالٍ فَلَا يَتَحَقَّقُ الْيَمِينُ بِذِكْرِ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ (وَلِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُتَعَارَفٍ) فَلَا يَكُونُ يَمِينًا.

فصل في الكفارة

قَالَ: (كَفَارَةُ الْيَمِينِ عِتْقُ رَقَبَةٍ يُجْزِي فِيهَا مَا يُجْزِي فِي الظَّهَارِ وَإِنْ شَاءَ كَسَا عَشْرَةَ مَسَاكِينَ كُلِّ وَاحِدٍ ثَوْبًا فَمَا زَادَ، وَأَدْنَاهُ مَا يَجُوزُ فِيهِ الصَّلَاةُ وَإِنْ شَاءَ أَطْعَمَ عَشْرَةَ مَسَاكِينَ كَالْإِطْعَامِ فِي كَفَارَةِ الظَّهَارِ) وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿فَكَفَّرْتَهُ» إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ﴾ (المائدة: ٨٩)، وَكَلِمَةٌ أَوْ لِلتَّخْيِيرِ فَكَانَ الْوَاجِبُ أَحَدَ الْأَشْيَاءِ الثَّلَاثَةِ.

الشرح:

(فصل في الكفارة) لما فرغ من بيان الموجب شرع في بيان الموجب وهو الكفارة، لكن هي موجب العين عند الانقلاب لأن اليمين لم تشرع للكفارة بل تنقلب موجبة لها عند انتقاضها بالحنث، وكلامه واضح، وكون الواجب أحد الأشياء على التخيير أو واحدًا معينًا عند الله إن كان مجهولًا عندنا، وعدم حمل الشافعي المطلق على المقيد على ما هو من مذهبه وغير ذلك مقرر في التقرير فليطلب نمة.

قال (فإن لم يقدر على أحد الأشياء الثلاثة صام ثلاثة أيام متتابعات) وقال الشافعي رحمه الله: يخير لإطلاق النص. ولنا قراءة ابن مسعود رضي الله تعالى عنه فصيام ثلاثة أيام متتابعات وهي كالخبر المشهور

ثم المذكور في الكتاب في بيان أدنى الكسوة مروى عن محمد. وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن أدناه ما يستر عامة بدنه حتى لا يجوز السراويل، وهو الصحيح لأن لابسته يسمى عريانًا في العرف، لكن ما لا يجزيه عن الكسوة يجزيه عن الطعام باعتبار القيمة.

الشرح:

وقوله (وهو الصحيح) اختراز عما روي في نوادر ابن سماعه أنه يجوز، وفي رواية أخرى إن أعطى السراويل المرأة لا يجوز، وإن أعطى الرجل يجوز لأن المعتبر رد العري بقدر ما تجوز به الصلاة، لأن ستر العورة فرض لا تجوز الصلاة بدونه، أما ما زاد عليه ففضل يعتبر للتجمل أو للتدثر فلا يؤخذ عليه في الكسوة كما لا يؤخذ عليه الإدام في الطعام. وقوله (لكن ما لا يجزيه عن الكسوة يجزيه عن الطعام باعتبار القيمة) يعني لو أعطى كل مسكين نصف ثوب لم يجزه عن الكسوة لأن الاكتساء لا يحصل به ولكنه يجزيه من الطعام إذا كان نصف ثوب يساوي نصف صاع من حنطة، وكذلك لو أعطى عشرة مساكين ثوبًا بينهم وهو ثوب كثير القيمة يصيب كلًا منهم أكثر من قيمة ثوب لم يجزه من الكسوة لأنه لا يكسسي به كل واحد منهم ولكن يجزيه من الطعام. وهل يشترط النية أو لا؟ ذكر شيخ الإسلام في ظاهر الرواية أنه يجزيه نوى أن يكون بدلًا عن الطعام أو لم ينو. وعن أبي يوسف: إذا نوى أن

يَكُونُ عَنِ الطَّعَامِ يَجْزِيهِ عَنِ الطَّعَامِ وَإِنْ لَمْ يَنْوِ لَمْ يُجْزِهِ.

(وَأِنْ قَدَّمَ الْكَفَّارَةَ عَلَى الْحَنْثِ لَمْ يُجْزِهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُجْزِيهِ بِالْمَالِ لِأَنَّهُ أَذَاهَا بَعْدَ السَّبَبِ وَهُوَ الْيَمِينُ فَأَشْبَهَ التَّكْفِيرَ بَعْدَ الْجَرْحِ. وَلَنَا أَنَّ الْكَفَّارَةَ لَسَتْ الْجَنَائَةَ وَلَا جَنَائَةً هَاهُنَا، وَلَيْسَتْ بِسَبَبٍ لِأَنَّهُ مَانِعٌ غَيْرُ مُفْضٍ، بِخِلَافِ الْجَرْحِ لِأَنَّهُ مُفْضٍ. (ثُمَّ لَا يَسْتَرِدُّ مِنَ الْمُسْكِينِ) لَوْفُوعِهِ صَدَقَةً.

الشرح:

(وَأِنْ قَدَّمَ الْكَفَّارَةَ عَلَى الْحَنْثِ لَمْ يُجْزِهِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُجْزِيهِ بِالْمَالِ لِأَنَّهُ أَذَاهَا بَعْدَ السَّبَبِ وَهُوَ الْيَمِينُ) لِأَنَّهَا تُضَافُ إِلَى الْيَمِينِ، يُقَالُ كَفَّارَةُ الْيَمِينِ، وَالْوَاجِبَاتُ تُضَافُ إِلَى أَسْبَابِهَا حَقِيقَةً، وَالْأَدَاءُ بَعْدَ السَّبَبِ جَائِزٌ لَا مَحَالَةَ (فَأَشْبَهَ التَّكْفِيرَ بَعْدَ الْجَرْحِ. وَلَنَا أَنَّ الْكَفَّارَةَ لَسَتْ الْجَنَائَةَ وَلَا جَنَائَةً هَاهُنَا) لِأَنَّهَا تَحْصُلُ بِهَتْكِ حُرْمَةِ اسْمِ اللَّهِ بِالْحَنْثِ. وَقَوْلُهُ (وَالْيَمِينُ لَيْسَتْ بِسَبَبٍ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ لِأَنَّهُ أَذَاهَا بَعْدَ السَّبَبِ وَهُوَ الْيَمِينُ. وَوَجْهُهُ أَنَّ السَّبَبَ مَا يَكُونُ مُفْضِيًا، وَالْيَمِينُ غَيْرُ مُفْضٍ إِلَى الْكَفَّارَةِ لِأَنَّهَا تَجِبُ بَعْدَ تَقْضِيهَا بِالْحَنْثِ، وَإِنَّمَا أُضِيفَتْ إِلَيْهَا لِأَنَّهَا تَجِبُ بِحَنْثِ بَعْدَ الْيَمِينِ كَمَا تُضَافُ الْكَفَّارَةُ إِلَى الصَّوْمِ (بِخِلَافِ الْجَرْحِ لِأَنَّهُ مُفْضٍ) إِلَى الْمَوْتِ. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ لَا يَسْتَرِدُّ مِنَ الْمُسْكِينِ) قِيلَ هُوَ مَغْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ لَمْ يُجْزِهِ: يَعْنِي وَإِنْ لَمْ يَقَعْ كَفَّارَةٌ إِذَا دَفَعَ إِلَى الْمُسْكِينِ قَبْلَ الْحَنْثِ لَكِنْ لَا يَسْتَرِدُّ مِنْهُ لِأَنَّهُ قَصَدَ شَيْئَيْنِ سَتَرَ الْجَنَائَةَ وَحُصُولَ الثَّوَابِ، وَلَمْ يَحْصُلِ الْأَوَّلُ لِعَدَمِ الْجَنَائَةِ فَيَحْصُلُ الثَّانِي فَتَكُونُ قَدْ وَقَعَتْ صَدَقَةٌ فَلَا رُجُوعَ فِيهَا.

قَالَ: (وَمَنْ حَلَفَ عَلَى مَعْصِيَةٍ مِثْلَ أَنْ لَا يُصَلِّيَ أَوْ لَا يُكَلِّمَ أَبَاهُ أَوْ لَيَقْتُلَنَّ فُلَانًا يَنْبَغِي أَنْ يُحْنِثَ نَفْسَهُ وَيُكَفِّرَ عَنْ يَمِينِهِ) لِقَوْلِهِ ﷺ «مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ وَرَأَى غَيْرَهَا خَيْرًا مِنْهَا فَلْيَاثَ بِالَّذِي هُوَ خَيْرٌ ثُمَّ لِيُكَفِّرَ عَنْ يَمِينِهِ» ^(١) وَلِأَنَّ فِيمَا قُلْنَاهُ تَفْوِيتَ الْبِرِّ إِلَى جَابِرٍ وَهُوَ الْكَفَّارَةُ وَلَا جَابِرَ لِلْمَعْصِيَةِ فِي ضِدِّهِ.

الشرح:

(وَمَنْ حَلَفَ عَلَى مَعْصِيَةٍ مِثْلَ أَنْ لَا يُصَلِّيَ أَوْ لَا يُكَلِّمَ أَبَاهُ أَوْ لَيَقْتُلَنَّ فُلَانًا يَنْبَغِي أَنْ يُحْنِثَ نَفْسَهُ وَيُكَفِّرَ عَنْ يَمِينِهِ) لِقَوْلِهِ ﷺ «مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ وَرَأَى غَيْرَهَا

خَيْرًا مِنْهَا فَلَيَاتِ بِالَّذِي هُوَ خَيْرٌ ثُمَّ لِيُكْفِرَ عَنْ يَمِينِهِ» مَعْنَاهُ مَنْ حَلَفَ عَلَى مُقْسَمٍ عَلَيْهِ مِنْ فِعْلٍ أَوْ تَرْكٍ لِأَنَّ الْيَمِينَ مُرَكَّبَةٌ مِنْ مُقْسَمٍ بِهِ وَهُوَ بِاللَّهِ وَمُقْسَمٍ عَلَيْهِ وَهُوَ قَوْلُهُ لِأَفْعَلَنَّ أَوْ لَا أَفْعَلَنَّ فَكَانَ مِنْ بَابِ ذِكْرِ الْكُلِّ وَإِرَادَةِ الْبَعْضِ.

وَفِي وَجْهِ الاسْتِدْلَالِ بِهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ قَالَ «وَرَأَى غَيْرَهَا خَيْرًا مِنْهَا» فَاَلْمَدْعَى مُطْلَقٌ، وَالِدَّلِيلُ مَشْرُوطٌ بِرُؤْيَا غَيْرِهِ خَيْرًا.

وَالْجَوَابُ أَنَّ حَالَ الْمُسْلِمِ يَقْتَضِي أَنْ يَرَى تَرْكَ الْمَعْصِيَةِ خَيْرًا مِنْهَا فَيَجْعَلِ الشَّرْطَ مَوْجُودًا نَظَرًا إِلَى حَالِهِ. وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّ فِيمَا قُلْنَا) يَعْنِي آدَاءَ الْكُفَّارَةِ بَعْدَ الْحِنْثِ (تَفْوِيتِ الْبِرِّ إِلَى جَابِرٍ وَهُوَ الْكُفَّارَةُ) لَمَّا أَنَّ الْجَابِرَ يَقْتَضِي سَبْقَ خَلَلِ الْمَجْبُورِ وَهُوَ خَلَلُ الْيَمِينِ بِالْحِنْثِ فِيمَا قُلْنَا فَتَصْلُحُ الْكُفَّارَةُ جَابِرَةً (وَلَا جَابِرٌ لِلْمَعْصِيَةِ فِي ضِدِّهِ) أَيِّ فِي ضِدِّ مَا قُلْنَا أَيِّ لَا جَابِرٌ لِلْمَعْصِيَةِ الْحِنْثِ فِيمَا قَالَهُ الشَّافِعِيُّ لِأَنَّ الْحِنْثَ لَمَّا تَأَخَّرَ عَنِ الْكُفَّارَةِ لَمْ تَصْلُحْ الْكُفَّارَةُ السَّابِقَةُ جَابِرَةً لِذَلِكَ الْحِنْثِ لِأَنَّ الْجَابِرَ لَا يَتَقَدَّمُ، كَذَا فِي النَّهَايَةِ. وَقَالَ فِي بَعْضِ الشُّرُوحِ: وَلَأَنَّ فِيمَا قُلْنَا: أَيُّ فِي تَحْنِيثِ النَّفْسِ وَالتَّكْفِيرِ بَعْدَ ذَلِكَ تَفْوِيتِ الْبِرِّ إِلَى جَابِرٍ وَالْجَابِرُ هُوَ الْكُفَّارَةُ، وَالْفَوَاتُ إِلَى جَابِرٍ كَلَا فَوَاتٍ فَتَكُونُ الْمَعْصِيَةُ الْحَاصِلَةُ بِتَفْوِيتِ الْبِرِّ كَلَا مَعْصِيَةٍ لَوْجُودِ الْجَابِرِ، أَمَّا إِذَا أَتَى بِالْبِرِّ وَهُوَ تَرْكُ الصَّلَاةِ وَقَطْعُ الْكَلَامِ عَنِ الْأَبِّ وَقَتْلُ فُلَانٍ بِغَيْرِ حَقٍّ تَحْصُلُ الْمَعْصِيَةُ بِلَا جَبْرِ لَهَا فَتَكُونُ الْمَعْصِيَةُ قَائِمَةً لَا مَحَالَةَ، فَلِهَذَا قُلْنَا يُحْنِثُ نَفْسَهُ وَيُكْفِرُ عَنْ يَمِينِهِ، وَكِلَا الْوَجْهَيْنِ صَحِيحٌ وَالثَّانِي أُنْسَبُ.

(وَإِذَا حَلَفَ الْكَافِرُ ثُمَّ حَنَثَ فِي حَالِ كُفْرِهِ أَوْ بَعْدَ إِسْلَامِهِ فَلَا حِنْثَ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ

لَيْسَ بِأَهْلٍ لِلْيَمِينِ لِأَنَّهَا تُعَقَّدُ لِتَعْظِيمِ اللَّهِ تَعَالَى، وَمَعَ الْكُفْرِ لَا يَكُونُ مُعْظَمًا وَلَا هُوَ أَهْلُ الْكُفَّارَةِ لِأَنَّهَا عِبَادَةٌ.

الشرح:

(وَإِذَا حَلَفَ الْكَافِرُ ثُمَّ حَنَثَ فِي حَالِ كُفْرِهِ أَوْ بَعْدَ إِسْلَامِهِ فَلَا حِنْثَ) أَيِّ لَا

كُفَّارَةٍ (عَلَيْهِ) وَقَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ: يُكْفَرُ بِأَمَالٍ لِأَنَّ الْيَمِينَ تُعَقَّدُ لِلْبِرِّ وَهُوَ مِنْ أَهْلِهِ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ مِمَّنْ يَتَعَقَّدُ تَعْظِيمَ حُرْمَةِ اسْمِ اللَّهِ وَهُوَ يَتَعَقَّدُ ذَلِكَ فَكَانَ اعْتِقَادُهُ يَحْمِلُهُ عَلَى الْبِرِّ وَلِهَذَا يُسْتَحْلَفُ فِي الدَّعَاوَى وَالْخُصُومَاتِ (وَلَمَّا أَنَّهُ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِلْيَمِينِ لِأَنَّهَا تُعَقَّدُ لِتَعْظِيمِ اللَّهِ وَمَعَ الْكُفْرِ لَا يَكُونُ مُعْظَمًا) إِذْ الْكُفْرُ إِهَانَةٌ وَاسْتِخْفَافٌ بِالْخَالِقِ وَهُوَ

يُنَافِي التَّعْظُمَ (وَلَا هُوَ أَهْلٌ لِلْكَفَّارَةِ لِأَنَّهَا عِبَادَةٌ) بِخِلَافِ الاسْتِحْلَافِ فِي الدَّعَاوَى وَالْخُصُومَاتِ فَإِنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهُ ظُهُورُ حَقِّ الْمُدَّعِي بِالتَّكْوُلِ أَوْ الْإِقْرَارِ، وَالْكَفَرُ لَا يُنَافِي ذَلِكَ.

(وَمَنْ حَرَّمَ عَلَى نَفْسِهِ شَيْئًا مِمَّا يَمْلِكُهُ لَمْ يَصِرْ مُحَرَّمًا وَعَلَيْهِ إِنْ اسْتَبَاحَهُ كَفَّارَةٌ يَمِينٍ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ: لَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِ لِأَنَّ تَحْرِيمَ الْحَلَالِ قَلْبُ الْمَشْرُوعِ فَلَا يَنْعَقِدُ بِهِ تَصَرُّفٌ مَشْرُوعٌ وَهُوَ الْيَمِينُ. وَلَنَا أَنَّ اللفظَ يُنبِئُ عَنْ إِبْطَالِ الْحُرْمَةِ، وَقَدْ أَمَكْنَ إِعْمَالُهُ بِثُبُوتِ الْحُرْمَةِ لِغَيْرِهِ بِإِبْطَالِ مُوجِبِ الْيَمِينِ فَيُصَارُ إِلَيْهِ، ثُمَّ إِذَا فَعَلَ مِمَّا حَرَّمَهُ قَلِيلًا أَوْ كَثِيرًا حَيْثُ وَجَبَتِ الْكَفَّارَةُ وَهُوَ الْمَعْنَى مِنَ الْاسْتِبَاحَةِ الْمَذْكُورَةِ لِأَنَّ التَّحْرِيمَ إِذَا ثَبَتَ تَنَاولَ كُلِّ جُزْءٍ مِنْهُ.

الشرح:

قَالَ: (وَمَنْ حَرَّمَ عَلَى نَفْسِهِ شَيْئًا مِمَّا يَمْلِكُهُ) مِثْلُ أَنْ يَقُولَ حَرَّمْتُ عَلَى نَفْسِي تَوْبِي هَذَا أَوْ طَعَامِي هَذَا، (لَمْ يَصِرْ مُحَرَّمًا لِعَيْنِهِ وَعَلَيْهِ إِنْ اسْتَبَاحَهُ) أَيُّ إِنْ فَعَلَ شَيْئًا مِمَّا حَرَّمَهُ قَلِيلًا أَوْ كَثِيرًا حَيْثُ وَجَبَتِ الْكَفَّارَةُ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِ لِأَنَّ تَحْرِيمَ الْحَلَالِ قَلْبُ الْمَشْرُوعِ (وَلَا يَنْعَقِدُ بِهِ تَصَرُّفٌ مَشْرُوعٌ وَهُوَ الْيَمِينُ) كَعَكْسِهِ وَهُوَ تَحْلِيلُ الْحَرَامِ (وَلَنَا أَنَّ اللفظَ يُنبِئُ عَنْ إِبْطَالِ الْحُرْمَةِ) فَإِذَا أُنْثَبِتَ بِهِ حُرْمَةُ لِعَيْنِهَا وَهُوَ غَيْرُ جَائِزٍ لِأَنَّهُ قَلْبُ الْمَشْرُوعِ كَمَا ذَكَرْتُمْ أَوْ لِغَيْرِهَا (بِإِبْطَالِ مُوجِبِ الْيَمِينِ) وَفِي إِعْمَالِ اللفظِ وَالْمَصِيرِ إِلَى إِعْمَالِ اللفظِ عِنْدَ الْإِمْكَانِ وَاجِبٌ فَيُصَارُ إِلَيْهِ. وَبِهَذَا التَّفْهِيمِ يَنْدَفِعُ مَا قِيلَ إِنَّ بَيْنَ قَوْلِهِ لَمْ يَصِرْ مُحَرَّمًا وَبَيْنَ قَوْلِهِ وَعَلَيْهِ إِنْ اسْتَبَاحَهُ تَنَافِيًا لِأَنَّ الْاسْتِبَاحَةَ إِذَا تُسْتَعْمَلُ فِيمَا إِذَا كَانَ ثَمَّةَ تَحْرِيمٍ. وَقَوْلُهُ لَمْ يَصِرْ مُحَرَّمًا يُنَافِيهِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ قَوْلَهُ لَمْ يَصِرْ مُحَرَّمًا مَعْنَاهُ مُحَرَّمًا لِعَيْنِهِ. وَقَوْلُهُ إِنْ اسْتَبَاحَهُ إِشَارَةٌ إِلَى الْحُرْمَةِ لِغَيْرِهِ.

وَعُورِضُ بَأَنَّ الْيَمِينَ إِمَّا أَنْ يُذَكَرَ مُقَسَّمٌ بِهِ وَهُوَ عِنْدَ ذِكْرِ اسْمٍ مِنْ أَسْمَاءِ اللَّهِ أَوْ صِفَةٍ مِنْ صِفَاتِهِ كَمَا تَقَدَّمَ، أَوْ بَأَنَّ يُذَكَرَ شَرْطٌ وَجَزَاءٌ وَلَيْسَ شَيْءٌ مِنْهُمَا بِمَوْجُودٍ فَكَيْفَ صَارَ يَمِينًا. وَأُجِيبَ بِسُقُوطِهَا بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ﴾ [التحریم: ٢] بَعْدَ قَوْلِهِ ﴿لَمْ تَحْرُمْ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ﴾ [التحریم: ١] فِي تَحْرِيمِ الْعَسَلِ أَوْ

تَحْرِيمِ مَارِيَّةَ، أَطْلَقَ الْإِيمَانَ عَلَى تَحْرِيمِ الْحَلَالِ وَفَرَضَ تَحِلَّةَ الْإِيمَانِ، وَالرَّأْيُ لَا يُعَارِضُ النَّصُوصَ السَّمْعِيَّةَ.

(وَلَوْ قَالَ كُلُّ حِلٍّ عَلَيَّ حَرَامٌ فَهُوَ عَلَى الطَّعَامِ وَالشَّرَابِ إِلَّا أَنْ يَنْوِيَ غَيْرَ ذَلِكَ) وَالْقِيَاسُ أَنْ يَحْنَثَ كَمَا فَرَعَ لِأَنَّهُ بَاشَرَ فِعْلًا مُبَاحًا وَهُوَ التَّنَفُّسُ وَنَحْوُهُ، هَذَا قَوْلُ زُفَرٍ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى. وَجَهُ الاستِحْسَانِ أَنَّ الْمُقْصُودَ وَهُوَ الْبِرُّ لَا يَتَحَصَّلُ مَعَ اعْتِبَارِ الْعُمُومِ، وَإِذَا سَقَطَ اعْتِبَارُهُ يَنْصَرِفُ إِلَى الطَّعَامِ وَالشَّرَابِ لِلْعُرْفِ فَإِنَّهُ يُسْتَعْمَلُ فِيمَا يَتَنَاوَلُ عَادَةً. وَلَا يَتَنَاوَلُ الْمَرْأَةُ إِلَّا بِالنِّيَّةِ لِإِسْقَاطِ اعْتِبَارِ الْعُمُومِ. وَإِذَا نَوَاهَا كَانَ إِيلَاءً وَلَا تُصَرَّفُ الْيَمِينُ عَنِ الْمَأْكُولِ وَالْمَشْرُوبِ، وَهَذَا كُلُّهُ جَوَابُ ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ وَمَشَايِخُنَا قَالُوا يَقَعُ بِهِ الطَّلَاقُ عَنْ غَيْرِ نِيَّةٍ لِعَلْبَةِ الاستِعْمَالِ وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى، وَكَذَا يَنْبَغِي فِي قَوْلِهِ حَلَالٌ يُرَوَّى حَرَامٌ لِلْعُرْفِ. وَاخْتَلَفُوا فِي قَوْلِهِ هَرَجَهُ بِرَدِّ رَأْسَتِ كَرِيمٍ بِرُؤْيٍ وَخِيَارٍ أَنَّهُ هَلْ تَشْتَرِطُ النِّيَّةُ وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يُجْعَلُ طَلَاقًا مِنْ غَيْرِ نِيَّةٍ لِلْعُرْفِ.

الشرح:

وَلَوْ قَالَ كُلُّ حِلٍّ عَلَيَّ حَرَامٌ فَهُوَ عَلَى الطَّعَامِ وَالشَّرَابِ إِلَّا أَنْ يَنْوِيَ غَيْرَ ذَلِكَ، وَالْقِيَاسُ أَنْ يَحْنَثَ كَمَا فَرَعَ لِأَنَّ قَوْلَهُ هَذَا فِي قُوَّةٍ أَنْ يُقَالَ وَاللَّهُ لَا أَفْعَلُ فِعْلًا حَلَالًا وَقَدْ فَعَلَ فِعْلًا حَلَالًا وَهُوَ التَّنَفُّسُ وَفَتَحَ الْعَيْنَيْنِ فَيَحْنَثُ (وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ). وَجَهُ الاستِحْسَانِ أَنَّ الْيَمِينَ تُعْقَدُ لِلْبِرِّ وَهُوَ لَا يَحْصُلُ مَعَ اعْتِبَارِ الْعُمُومِ لِامْتِنَاعِ أَنْ لَا يَتَنَفَّسَ وَأَنْ لَا يَفْتَحَ الْعَيْنَيْنِ فَيَعْلَمُ بِدَلَالَةِ الْحَالِ عَدَمَ إِرَادَةِ الْعُمُومِ فَيُصَارُ إِلَى أَخْصَرِ الْخُصُوصِ وَهُوَ الطَّعَامُ وَالشَّرَابُ لِلْعُرْفِ فَإِنَّ الْعَادَةَ جَارِيَةً بِاسْتِعْمَالِهِ فِي الْمُتَنَاوَلَاتِ (و) إِذَا لَمْ يَكُنْ الْعُمُومُ مُرَادًا (لَا يَتَنَاوَلُ الْمَرْأَةُ إِلَّا بِالنِّيَّةِ وَإِذَا نَوَاهَا كَانَ إِيلَاءً) لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّ هَذَا الْكَلَامَ يَمِينٌ فَيَكُونُ مَعْنَاهُ: وَاللَّهُ لَا أَقْرُبُكَ، وَهُوَ مِنْ صُورِ الْإِيلَاءِ (وَهَذَا جَوَابُ ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ وَمَشَايِخِ بَلْخِي) كَأَبِي بَكْرٍ الْإِسْكَافِ وَأَبِي بَكْرٍ بْنِ أَبِي سَعِيدٍ وَالْفَقِيهِ أَبِي جَعْفَرٍ وَبَعْضِ مَشَايِخِ سَمَرْقَنْدَ (قَالُوا يَقَعُ بِهِ الطَّلَاقُ مِنْ غَيْرِ نِيَّةٍ لِعَلْبَةِ الاستِعْمَالِ وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى) وَقَوْلُهُ (وَكَذَا يَنْبَغِي) ظَاهِرٌ وَلَمْ يَذْكُرْ مَا لَوْ قَالَ هَرَجَهُ بِرَدِّ رَأْسَتِ كَرِيمٍ بِرُؤْيٍ وَخِيَارٍ فَقَدْ قِيلَ لَا يَقَعُ بِهِ الطَّلَاقُ وَإِنْ نَوَى. وَلَوْ قَالَ هَرَجَهُ بِرَدِّ رَأْسَتِ كَرِيمٍ كَانَ طَلَاقًا قِيلَ يَقَعُ بِهِ الطَّلَاقُ وَإِنْ لَمْ يَنْوِ. وَقِيلَ لَا يَقَعُ إِلَّا بِالنِّيَّةِ.

(وَمَنْ نَذَرَ نَذْرًا مُطْلَقًا فَعَلَيْهِ الْوَفَاءُ) لِقَوْلِهِ ﷺ «مَنْ نَذَرَ وَسَمَّى فَعَلَيْهِ الْوَفَاءُ بِمَا

سَمَّى»^(١).

الشرح:

(قَوْلُهُ وَمَنْ نَذَرَ نَذْرًا مُطْلَقًا) مِثْلُ أَنْ يَقُولَ اللَّهُ عَلَيَّ صَوْمُ سَنَةٍ وَلَمْ يُعَلِّقْهُ بِشَيْءٍ فَعَلَيْهِ الْوَفَاءُ بِهِ لِقَوْلِهِ ﷺ «مَنْ نَذَرَ وَسَمَّى فَعَلَيْهِ الْوَفَاءُ بِمَا سَمَّى».

(وَأِنْ عَلِقَ النَّذْرَ بِشَرْطٍ فَوُجِدَ الشَّرْطُ فَعَلَيْهِ الْوَفَاءُ بِنَفْسِ النَّذْرِ) لِإِطْلَاقِ الْحَدِيثِ، وَلَأَنَّ الْمُعْلَقَ بِالشَّرْطِ كَالْمُنَجَّزِ عِنْدَهُ (وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ رَجَعَ عَنْهُ وَقَالَ: إِذَا قَالَ إِنْ فَعَلْتُ كَذَا فَعَلَيَّ حَجَّةٌ أَوْ صَوْمٌ سَنَةٍ أَوْ صَدَقَةٌ مَا أَمْلَكُهُ أَجْزَأُهُ مِنْ ذَلِكَ كَفَّارَةٌ يَمِينٍ. وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ) وَيَخْرُجُ عَنِ الْعَهْدَةِ بِالْوَفَاءِ بِمَا سَمَّى أَيْضًا. وَهَذَا إِذَا كَانَ شَرْطًا لَا يُرِيدُ كَوْنَهُ لِأَنَّ فِيهِ مَعْنَى الْيَمِينِ وَهُوَ الْمَنْعُ وَهُوَ بَظَاهِرِهِ نَذْرٌ فَيَتَخَيَّرُ وَيَمِيلُ إِلَى أَيِّ الْجِهَتَيْنِ شَاءَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ شَرْطًا يُرِيدُ كَوْنَهُ كَقَوْلِهِ إِنْ شَفَى اللَّهُ مَرِيضِي لَانْعِدَامِ مَعْنَى الْيَمِينِ فِيهِ وَهَذَا التَّفْصِيلُ هُوَ الصَّحِيحُ.

الشرح:

(وَأِنْ عَلِقَ النَّذْرَ بِشَرْطٍ سَوَاءٌ كَانَ شَرْطًا أَرَادَ كَوْنَهُ أَوْ لَمْ يُرِدْ) (فَوُجِدَ الشَّرْطُ فَعَلَيْهِ الْوَفَاءُ بِنَفْسِ النَّذْرِ) وَلَا تَنْفَعُهُ كَفَّارَةُ الْيَمِينِ (لِإِطْلَاقِ الْحَدِيثِ) فَإِنَّهُ لَمْ يَفْصِلْ بَيْنَ كَوْنِ النَّذْرِ مُطْلَقًا أَوْ مُعْلَقًا بِشَرْطٍ (وَلَأَنَّ الْمُعْلَقَ بِالشَّرْطِ كَالْمُنَجَّزِ عِنْدَهُ) وَلَوْ نَجَزَ النَّذْرَ عِنْدَ وُجُودِ الشَّرْطِ لَمْ تُجْزِهِ الْكَفَّارَةُ فَكَذَا هَاهُنَا (وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ رَجَعَ عَنْهُ) أَيُّ عَنْ تَعْيِينِ الْوَفَاءِ بِنَفْسِ النَّذْرِ إِلَى الْقَوْلِ بِالتَّخْيِيرِ بَيْنَ كَفَّارَةِ الْيَمِينِ وَبَيْنَ الْوَفَاءِ بِذَلِكَ (وَقَالَ إِذَا قَالَ إِنْ فَعَلْتُ كَذَا فَعَلَيَّ حَجَّةٌ أَوْ صَوْمٌ شَهْرٍ أَوْ صَدَقَةٌ مَا أَمْلَكُهُ أَجْزَأُهُ مِنْ ذَلِكَ كَفَّارَةٌ يَمِينٍ وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ، وَيَخْرُجُ عَنِ الْعَهْدَةِ بِالْوَفَاءِ بِمَا سَمَّى أَيْضًا) حَتَّى لَوْ كَانَ مُعْسِرًا كَانَ مُخَيَّرًا بَيْنَ أَنْ يَصُومَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ وَأَنْ يَصُومَ شَهْرًا. وَهَذَا مَرْوِيٌّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي النَّوَادِرِ.

وَوَجَّهَهُ مَا رُوِيَ فِي السُّنَنِ مُسْتَدًّا إِلَى عُقْبَةَ بْنِ غَامِرٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ «كَفَّارَةُ النَّذْرِ كَفَّارَةُ الْيَمِينِ» قَالُوا (هَذَا إِذَا كَانَ شَرْطًا لَا يُرِيدُ كَوْنَهُ) لِأَنَّ بَيْنَ

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٤٥٤): غريب.

الْحَدِيثَيْنِ كَمَا تَرَى تَعَارُضًا. فَحَمَلْنَا الْحَدِيثَ الْأَوَّلَ عَلَى النَّذْرِ الْمُرْسَلِ وَعَلَى مُقَيِّدٍ أَرَادَ الْحَالِفُ كَوْنَهُ. وَالثَّانِيَّ عَلَى مُقَيِّدٍ لَا يُرِيدُ كَوْنَهُ جَمْعًا بَيْنَ الْأَثَارِ، وَالْمَعْنَى الْفَقْهِيُّ فِي ذَلِكَ أَنَّ فِي الشَّرْطِ الَّذِي لَا يُرِيدُ كَوْنَهُ كَلَامُهُ يَشْتَمِلُ عَلَى مَعْنَى النَّذْرِ وَالْيَمِينِ جَمِيعًا، أَمَّا مَعْنَى النَّذْرِ فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا مَعْنَى الْيَمِينِ فَلَأَنَّهُ قَصَدَ بِهِ الْمَنْعَ عَنْ إِجْبَادِ الشَّرْطِ (فَيَتَخَيَّرُ وَيَمِيلُ إِلَى أَيْ الْجِهَتَيْنِ شَاءَ) وَالتَّخْيِيرُ بَيْنَ الْقَلِيلِ وَالكَثِيرِ فِي الْجِنْسِ الْوَاحِدِ بِاعْتِبَارِ مَعْنَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ جَائِزٍ كَالْعَبْدِ إِذَا أُذِنَ لَهُ مَوْلَاهُ بِالْجُمُعَةِ فَإِنَّهُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَدَاءِ الْجُمُعَةِ رَكَعَتَيْنِ وَبَيْنَ أَدَاءِ الظُّهْرِ أَرْبَعًا. وَالنَّذْرُ وَالْيَمِينُ مَعْنَيَانِ مُخْتَلِفَانِ لِأَنَّ النَّذْرَ قُرْبَةٌ مَقْصُودَةٌ وَاجِبٌ لَعْنِهِ، وَالْيَمِينُ قُرْبَةٌ مَقْصُودَةٌ وَاجِبٌ لَعْنِهِ وَهُوَ صِيَانَةُ حُرْمَةِ اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى (بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ شَرْطًا يُرِيدُ كَوْنَهُ كَقَوْلِهِ إِنْ شَفَى اللَّهُ مَرِيضِي لَا نَعْدَامَ مَعْنَى الْيَمِينِ فِيهِ) وَهُوَ الْمَنْعُ لِأَنَّ قَصْدَهُ إِظْهَارُ الرِّغْبَةِ فِيمَا جَعَلَهُ شَرْطًا. قَالَ الْمُصَنِّفُ (وَهَذَا التَّفْصِيلُ) أَيْ الَّذِي ذَكَرْنَا بَيْنَ شَرْطٍ لَا يُرِيدُ كَوْنَهُ وَبَيْنَ شَرْطٍ يُرِيدُهُ (هُوَ الصَّحِيحُ) وَفِيهِ نَظَرٌ، لِأَنَّهُ إِنْ أَرَادَ حَصْرَ الصَّحَّةِ فِيهِ مِنْ حَيْثُ الرَّوَايَةُ فَلَيْسَ بِصَحِيحٍ لِأَنَّهُ غَيْرُ ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ، وَإِنْ أَرَادَ حَصْرَهَا فِيهِ مِنْ حَيْثُ الدَّرَايَةُ لِدَفْعِ التَّعَارُضِ فَالِدَفْعُ مُمَكِّنٌ مِنْ حَيْثُ حَمَلُ أَحَدِهِمَا عَلَى الْمُرْسَلِ وَالْآخَرِ عَلَى الْمُعْلَقِ مِنْ غَيْرِ تَفْرِيقَةٍ بَيْنَ مَا يُرِيدُ كَوْنَهُ وَمَا لَا يُرِيدُهُ، عَلَى أَنَّ فِيهِ إِيمَاءً إِلَى الْقُصُورِ فِي الذَّهَابِ إِلَى ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ.

قَالَ: (وَمَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ وَقَالَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ مُتَّصِلًا بِيَمِينِهِ فَلَا حِنْثَ عَلَيْهِ) لِقَوْلِهِ ﷺ «مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ وَقَالَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ فَقَدْ بَرَّ فِي يَمِينِهِ» ^(١) إِلَّا أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ الْإِتِّصَالِ لِأَنَّهُ بَعْدَ الْفَرَاغِ رُجُوعٌ وَلَا رُجُوعَ فِي الْيَمِينِ، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

وَمَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ (أَيْ عَلَى مُقَسِّمٍ عَلَيْهِ مِنْ فِعْلٍ أَوْ تَرْكٍ) وَقَالَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ مُتَّصِلًا بِيَمِينِهِ فَلَا حِنْثَ عَلَيْهِ لِقَوْلِهِ ﷺ «مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ وَقَالَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ فَقَدْ بَرَّ فِي يَمِينِهِ» رَوَاهُ ابْنُ مَسْعُودٍ وَابْنُ عَبَّاسٍ وَابْنُ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ. وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «(فَقَدْ بَرَّ فِي يَمِينِهِ)» مَعْنَاهُ لَا يَحْنُثُ أَبَدًا لِعَدَمِ انْعِقَادِ الْيَمِينِ (وَقَوْلُهُ إِلَّا أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ الْإِتِّصَالِ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ فَلَا حِنْثَ عَلَيْهِ (لَأَنَّهُ بَعْدَ الْفَرَاغِ رُجُوعٌ وَلَا رُجُوعَ

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٤٥٥/٣): غريب هذا اللفظ.

فِي الْيَمِينِ) فَإِنْ قُلْتَ: هَذَا تَغْلِيلٌ فِي مُقَابَلَةِ النَّصِّ فَإِنَّ الْحَدِيثَ بِإِطْلَاقِهِ لَا يَفْصِلُ بَيْنَ الْمُتَفَصِّلِ وَالْمُتَّصِلِ. قُلْتَ: الدَّلَائِلُ الدَّالَّةُ مِنَ التَّصَوُّصِ وَغَيْرِهَا عَلَى لُزُومِ الْعُقُودِ هِيَ الَّتِي تُوجِبُ الْإِتِّصَالَ، فَإِنَّ جَوَازَ الْاسْتِثْنَاءِ مُتَفَصِّلًا يُفْضِي إِلَى إِخْرَاجِ الْعُقُودِ كُلِّهَا مِنَ الْبُيُوعِ وَالْأُنْكَحَةِ وَغَيْرِهِمَا مِنْ أَنْ تَكُونَ مُلْزِمَةً، وَفِي ذَلِكَ مِنَ الْفَسَادِ مَا لَا يَخْفَى، وَهَذَا التَّغْلِيلُ يُوَافِقُ تِلْكَ الْأَدْلَةَ، فَيُحْمَلُ حَدِيثُ الْاسْتِثْنَاءِ عَلَى الْإِتِّصَالِ تَوْفِيقًا بَيْنَ الْأَدْلَةِ، وَقَدْ رَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ جَوَازَ الْاسْتِثْنَاءِ مُتَفَصِّلًا وَفِيهِ مَا ذَكَرْنَاهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ الْيَمِينِ فِي الدُّخُولِ وَالسُّكْنَى

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ بَيْتًا فَدَخَلَ الْكَعْبَةَ أَوِ الْمَسْجِدَ أَوِ الْبَيْعَةَ أَوِ الْكَنِيسَةَ لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّ الْبَيْتَ مَا أُعِدَّ لِلْبَيْتُوتَةِ وَهَذِهِ الْبِقَاعُ مَا بُنِيَتْ لَهَا (وَكَذَا إِذَا دَخَلَ دِهْلِيزًا أَوْ ظَلَمَةً بَابِ الدَّارِ) لَمَّا ذَكَرْنَا، وَالظَّلْمَةُ مَا تَكُونُ عَلَى السُّكْنَى، وَقِيلَ إِذَا كَانَ الدَّهْلِيزُ بِحَيْثُ لَوْ أُغْلِقَ الْبَابُ بَقِيَ دَاخِلًا وَهُوَ مُسَقَّفٌ يَحْنَثُ لِأَنَّهُ بَيَاتٌ فِيهِ عَادَةٌ (وَإِنْ دَخَلَ صَفَةً حَنِثَ) لِأَنَّهَا تُبْنَى لِلْبَيْتُوتَةِ فِيهَا فِي بَعْضِ الْأَوْقَاتِ فَصَارَ كَالشَّتْوَى وَالصَّيْفِ. وَقِيلَ هَذَا إِذَا كَانَتْ الصَّفَةُ ذَاتَ حَوَائِطٍ أَرْبَعَةٍ، وَهَكَذَا كَانَتْ صِفَاتُهُمْ. وَقِيلَ الْجَوَابُ مُجْرَى عَلَى إِطْلَاقِهِ وَهُوَ الصَّحِيحُ.

الشرح:

(بَابُ الْيَمِينِ فِي الدُّخُولِ وَالسُّكْنَى): لَمَّا كَانَ انْعِقَادُ الْيَمِينِ عَلَى فِعْلٍ شَيْءٍ أَوْ تَرْكِهِ لَمْ يَكُنْ بُدٌّ مِنْ ذِكْرِ أَنْوَاعِ الْأَفْعَالِ الْوَارِدَةِ فِي الْيَمِينِ فَذَكَرَهَا فِي أَبْوَابٍ وَقَدَّمَ الدُّخُولَ وَالسُّكْنَى عَلَى غَيْرِهِمَا مِنَ الْأَكْلِ وَالشُّرْبِ وَنَحْوِهِمَا لِأَنَّ أَوَّلَ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ الْإِنْسَانُ الَّذِي يَتَحَقَّقُ مِنْهُ الْيَمِينُ بَعْدَ وُجُودِهِ مَسْكَنٌ يَدْخُلُ فِيهِ وَيَسْكُنُهُ ثُمَّ يَتَوَارَدُ عَلَيْهِ سَائِرُ الْأَفْعَالِ مِنَ الْأَكْلِ وَالشُّرْبِ وَغَيْرِهِ، وَإِلَيْهِ وَقَعَتِ الْإِشَارَةُ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿يَتَأَيَّهَا النَّاسُ اعْبُدُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ وَالَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ (٢١) الَّذِي جَعَلَ لَكُمْ الْأَرْضَ فَرَشًا وَالسَّمَاءَ بِنَاءً ﴿[البقرة: ٢١-٢٢]، والدُّخُولُ عِبَارَةٌ عَنِ الْإِتِّقَالِ مِنَ الظَّاهِرِ إِلَى الْبَاطِنِ، وَالسُّكْنَى عِبَارَةٌ عَنِ الْكُونِ فِي مَكَانٍ عَلَى سَبِيلِ الْاسْتِقْرَارِ مَبْنًى لِأَهْلِهِ (قَوْلُهُ وَمَنْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ بَيْتًا) ظَاهِرٌ وَالْبَيْعَةُ مُتَعَبَّدُ النَّصَارَى وَالْكَنِيسَةُ لِلْيَهُودِ (قَوْلُهُ لِأَنَّ الْبَيْتَ مَا أُعِدَّ لِلْبَيْتُوتَةِ وَهَذِهِ الْبِقَاعُ مَا أُعِدَّتْ لَهَا) أُعْثِرَضَ عَلَيْهِ بِأَنَّ اللَّهَ سَمَّى

الْكَعْبَةَ بَيْتًا، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿إِنَّ أَوَّلَ بَيْتٍ وُضِعَ لِلنَّاسِ﴾ [آل عمران: ٩٦]، وَسَمَّى الْمَسَاجِدَ بُيُوتًا بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فِي بُيُوتٍ أَذِنَ اللَّهُ﴾ [النور: ٣٦].

وَأَجِيبَ بِأَنَّ الْأَيْمَانَ مَبْنَاهَا عَلَى الْعُرْفِ لَا عَلَى أَلْفَاظِ الْقُرْآنِ: أَلَا تَرَى أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى سَمَّى بَيْتَ الْعَنْكَبُوتِ بَيْتًا وَمُطْلَقَ اسْمِ الْبَيْتِ فِي الْيَمِينِ لَا يَتَنَاوَلُهُ. وَاسْتَشْكَلَ بِمَا قَالَهُ فِي الْفَوَائِدِ الظَّهْرِيَّةِ إِذَا حَلَفَ لَا يَهْدِمُ بَيْتًا فَهَدَمَ بَيْتَ الْعَنْكَبُوتِ حَنْثٌ، وَسَيَجِيءُ الْجَوَابُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ (وَكَذَا إِذَا دَخَلَ دِهْلِيزَ أَوْ ظُلَّةَ بَابِ الدَّارِ).

قَالَ فِي الْمَغْرِبِ: ظُلَّةُ الْبَابِ هِيَ السُّدَّةُ الَّتِي فَوْقَ الْبَابِ. وَقَوْلُ الْمُصَنِّفِ (وَالظُّلَّةُ تَكُونُ عَلَى السُّكَّةِ) أَرَادَ بِهَا السَّابَاطَ الَّذِي يَكُونُ عَلَى بَابِ الدَّارِ وَلَا يَكُونُ فَوْقَهُ بِنَاءٌ، وَإِنَّمَا لَمْ يَحْنَثْ لِأَنَّهُ لَا يَنْطَلِقُ عَلَيْهِ اسْمُ الْبَيْتِ وَلَعَدَمِ الْبَيْتُوتَةِ فِيهِ، وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ فَوْقَهُ بِنَاءٌ، إِلَّا أَنَّ مَفْتَحَهُ إِلَى الطَّرِيقِ لَا يَحْنَثُ إِذَا كَانَ عَقْدَ يَمِينِهِ عَلَى بَيْتِ شَخْصٍ بَعِيْنِهِ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ جُمْلَةِ بَيْتِهِ (قَوْلُهُ وَقِيلَ إِذَا كَانَ الدَّهْلِيزُ) ظَاهِرٌ قَوْلُهُ وَإِنْ دَخَلَ صُفَّةً حَنْثٌ لِأَنَّهُا بُنِيَتْ لِلْبَيْتُوتَةِ فِيهَا فِي بَعْضِ الْأَوْقَاتِ فَصَارَ كَالشَّتْوِيِّ وَالصَّيْفِيِّ الَّذِي يُبْنَى لِلْبَيْتُوتَةِ فِيهِ شَتَاءٌ أَوْ صَيْفًا، وَقِيلَ هَذَا إِذَا كَانَتْ الصُّفَّةُ ذَاتَ حَوَائِطٍ أَرْبَعَةٍ (وَهَكَذَا كَانَتْ صِيفًا لَهُمْ) أَيِ صِفَافٍ أَهْلُ الْكُوفَةِ.

ذَكَرَ عَنْ أَبِي حَارِثٍ الْقَاضِي أَنَّ هَذِهِ أَشْكَلَتْ عَلَيَّ حَتَّى دَخَلْتُ الْكُوفَةَ، فَرَأَيْتُ صِيفًا لَهُمْ مَبْنُوءَةً فَعَلِمْتُ أَنَّ الْأَيْمَانَ وَضَعَهَا عَلَى تَعَارُفِهِمْ (وَقِيلَ الْجَوَابُ مُجَرَّى عَلَى إِطْلَاقِهِ) يَعْنِي سَوَاءً كَانَتْ ذَاتَ حَوَائِطٍ أَرْبَعَةٍ أَوْ ثَلَاثَةٍ (وَهُوَ الصَّحِيحُ) دُونَ الْحَمْلِ عَلَى عُرْفِهِمْ لِأَنَّ الْبَيْتَ اسْمٌ لِمَبْنَى مُسَقَفٍ مَدْخَلُهُ مِنْ جَانِبٍ وَاحِدٍ بُنِيَ لِلْبَيْتُوتَةِ، وَهَذَا الْمَعْنَى مَوْجُودٌ فِي الصُّفَّةِ، إِلَّا أَنَّ مَدْخَلَهَا أَوْسَعُ فَيَتَنَاوَلُهَا اسْمُ الْبَيْتِ فَيَحْنَثُ.

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ دَارًا فَدَخَلَ دَارًا خَرِبَةً لَمْ يَحْنَثْ، وَلَوْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ هَذِهِ الدَّارَ فَدَخَلَهَا بَعْدَمَا انْهَدَمَتْ وَصَارَتْ صَحْرَاءَ حَنْثٌ) لِأَنَّ الدَّارَ اسْمٌ لِلْعَرِصَةِ عِنْدَ الْعَرَبِ وَالْعَجَمِ، يُقَالُ دَارٌ عَامِرَةٌ، وَدَارٌ غَامِرَةٌ وَقَدْ شَهِدَتْ أَشْعَارُ الْعَرَبِ بِذَلِكَ وَالْبِنَاءُ وَصِفٌ فِيهَا غَيْرُ أَنَّ الْوَصْفَ فِي الْحَاضِرِ لِقَوِّهِ فِي الْغَائِبِ مُعْتَبَرٌ.

الشرح:

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ دَارًا فَدَخَلَ دَارًا خَرِبَةً لَمْ يَحْنَثْ، وَلَوْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ هَذِهِ

الدَّارَ فَدَخَلَهَا بَعْدَمَا انْهَدَمَتْ وَصَارَتْ صَحْرَاءَ خَنْتَ لِأَنَّ الدَّارَ اسْمٌ لِلْعَرَصَةِ عِنْدَ الْعَرَبِ وَالْعَجَمِ، يُقَالُ دَارٌ غَامِرَةٌ وَدَارٌ غَامِرَةٌ، وَقَدْ شَهِدَتْ أَشْعَارُ الْعَرَبِ بِذَلِكَ فَمِنْهَا مَا قَالَ لَيْدٌ: عَفَتْ الدِّيَارُ مَحَلَّهَا فَمَقَامُهَا بَمْنَى تَأَبَّدَ غَوْلُهَا فَزَجَامُهَا عَفَا يَعْفُو مُتَعَدِّ وَلَازِمٌ وَهَذَا لَازِمٌ، وَتَأَبَّدَ الْمَنْزِلُ: أَيُّ أَقْفَرَ فَالْفَتْهُ الْوُحُوشُ، وَالْعَوْلُ وَالرَّجَامُ مَوْضِعَانِ. يَقُولُ: عَفَتْ دِيَارُ الْأَحْبَابِ مَا كَانَ مِنْهَا لِلْحُلُولِ وَمَا كَانَ مِنْهَا لِلْإِقَامَةِ، وَهَذِهِ الدِّيَارُ كَانَتْ بِمَنْى وَقَدْ تَوَحَّشَتْ الدِّيَارُ الْغَوْلِيَّةُ وَالرَّجَامِيَّةُ.

وَقَالَ قَائِلُهُمْ: الدَّارُ دَارٌ وَإِنْ زَالَتْ حَوَائِطُهَا وَالْبَيْتُ لَيْسَ بَيْتٌ بَعْدَ تَهْلِيمِ وَهَذَا ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَالْبِنَاءُ وَصَفٌ فِيهَا غَيْرُ أَنْ الْوَصْفُ فِي الْحَاضِرِ لِعَوٍّ وَفِي الْعَائِبِ مُعْتَبَرٌ) لَمَّا ذَكَرَ فِي الْأَصُولِ أَنَّ الْمَحْلُوفَ عَلَيْهِ لَا بُدَّ وَأَنْ تَكُونَ مَعْلُومًا. فَإِذَا كَانَ مُشَارًا إِلَيْهَا كَانَ الْمَحْلُوفُ عَلَيْهِ مَعْلُومًا فَلَا حَاجَةَ إِلَى مُعَرِّفٍ بِخِلَافِ الْمُنْكَرِ فَإِنَّهُ لَا مُعَرِّفَ لَهُ سِوَى الْوَصْفِ فَيَكُونُ مُعْتَبَرًا. وَاعْتَرِضَ بَوَجهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ الصِّفَةَ لَوْ كَانَتْ مُعْتَبَرَةً فِي الْمُنْكَرِ لَمَّا وَقَعَ الْمُشْتَرَاةُ لِلْمَوْكَلِّ إِذَا وَكَّلَ رَجُلًا بِشِرَاءِ دَارٍ فَاشْتَرَى دَارًا خَرِبَةً لِأَنَّهَا غَيْرُ مَوْصُوفَةٌ وَهَذَا نَقْضُ إِجْمَالِيٍّ. وَالثَّانِي أَنَّ الْبِنَاءَ لَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ دَاخِلًا فِي الْمُسَمَّى أَوْ لَمْ يَكُنْ، فَإِنْ كَانَ دَاخِلًا وَجَبَ أَنْ لَا يَخْتَلِفَ الْحَالُ بِالْعَيْنَةِ وَالْحُضُورِ فِي الدُّخُولِ كَالْعَرَصَةِ. فَإِنْ لَمْ يَكُنْ دَاخِلًا وَجَبَ أَنْ لَا يَخْتَلِفَ الْحَالُ أَيْضًا فِي عَدَمِ الدُّخُولِ كَمَا إِذَا حَلَفَ لَا يُكَلِّمُ رَجُلًا لَا يَتَّقِيْدُ يَمِينُهُ بِرَجُلٍ قَاعِدٍ عَالِمٍ إِلَى غَيْرِ ذَلِكَ مِنْ الصِّفَاتِ الْحَارِجِيَّةِ عَنْهُ وَهَذِهِ مُعَارَضَةٌ.

وَأُجِيبَ عَنْ الْأَوَّلِ بِأَنَّ الدَّارَ فِي الْوَكَالَةِ تُعَرَّفَتْ بِوَجْهِهٍ لِأَنَّ التَّوَكِيلَ بِشِرَائِهَا إِمَّا يَصِحُّ عِنْدَ بَيَانِ الثَّمَنِ وَالْمَحَلَّةِ وَلَيْسَتْ فِي الْيَمِينِ كَذَلِكَ فَلَا يَلْزَمُ مِنْ صِحَّةِ انْعِقَادِ الْوَكَالَةِ صِحَّةُ انْعِقَادِ الْيَمِينِ بِلَا صِفَةٍ. وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ الْبِنَاءَ صِفَةٌ مُتَعَيِّنَةٌ لِلدَّارِ فَجَازَ أَنْ يَكُونَ مُرَادًا بِحُكْمِ الْعَرَفِ لَتَعَيُّنِهِ وَفِي الرِّجَالِ التَّزَاحُمُ فِي الصِّفَاتِ ثَابِتٌ مِنَ الْعِلْمِ وَالْعَقْلِ وَالْقُدْرَةِ وَالصَّنَاعَةِ وَالْحُسْنِ وَالْجَمَالِ، وَهَذِهِ الصِّفَاتُ بِأَسْرِهَا تَمْتَنِعُ إِزَادَتُهَا عَادَةً، وَلَيْسَ الْبَعْضُ أَوْلَى مِنَ الْبَعْضِ فِي الْإِرَادَةِ فَتَمْتَنِعُ الْإِرَادَةُ أَصْلًا، كَذَا فِي النَّهَايَةِ مُحَالًا عَلَى الْفَوَائِدِ الظَّهِيرِيَّةِ. وَرُدُّ بِأَنَّ الْبِنَاءَ ضِدُّهُ الْخَرَابُ فَكَانَ الدَّارُ مَحَلَّ تَوَارُدِهِمَا فَكَيْفَ صَارَ الْبِنَاءُ صِفَةً مُتَعَيِّنَةً فَهُوَ فِي حَيْزِ التَّزَاحُمِ. وَأَقُولُ فِي جَوَابِ الْمُعَارَضَةِ الْمَذْكُورِ

مِنَ التَّفْسِيمِ غَيْرُ حَاضِرٍ لِّجَوَازِ أَنْ يَكُونَ دَاخِلًا فِي الْمُنْكَرِ لاحتِجَاجِهِ إِلَى التَّعْرِيفِ غَيْرِ دَاخِلٍ فِي الْمَعْرِفِ لاسْتِعْنَائِهِ عَنْهُ.

(وَلَوْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ هَذِهِ الدَّارَ فَخَرِبَتْ ثُمَّ بُنِيتْ أُخْرَى فَدَخَلَهَا يَحْنَثُ) لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّ الْأَسْمَ بَاقٍ بَعْدَ الْإِنْهَادِ، (وَإِنْ جُعِلَتْ مَسْجِدًا أَوْ حِمَامًا أَوْ بُسْتَانًا أَوْ بَيْتًا فَدَخَلَهُ لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ دَارًا لاعتِرَاضِ اسْمٍ آخَرَ عَلَيْهِ، وَكَذَا إِذَا دَخَلَهُ بَعْدَ انْهَادِ الْحِمَامِ وَأَشْبَاهِهِ لِأَنَّهُ لَا يَعُودُ اسْمَ الدَّارِيَّةِ.

الشرح:

وَلَوْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ هَذِهِ الدَّارَ فَخَرِبَتْ ثُمَّ بُنِيتْ أُخْرَى فَدَخَلَهَا حَنْثَ لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّ الْأَسْمَ بَاقٍ بَعْدَ الْإِنْهَادِ، وَإِنْ جُعِلَتْ مَسْجِدًا أَوْ حِمَامًا أَوْ بُسْتَانًا أَوْ بَيْتًا فَدَخَلَهُ لَمْ يَحْنَثْ) لاعتِرَاضِ اسْمٍ آخَرَ عَلَيْهِ وَمِنْ ضَرُورَةِ خُذُوثِ هَذَا الْأَسْمِ زَوَالُ ذَلِكَ الْأَسْمِ، وَالْيَمِينُ قَدْ انْعَقَدَتْ بِمَا يُسَمَّى دَارًا وَلَمْ يَبْقَ. وَقَوْلُهُ (وَكَذَا إِذَا دَخَلَ بَعْدَ انْهَادِ الْحِمَامِ) ظَاهِرٌ.

(وَإِنْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ هَذَا الْبَيْتَ فَدَخَلَهُ بَعْدَمَا انْهَدَمَ وَصَارَ صَحْرَاءَ لَمْ يَحْنَثْ) لِزَوَالِ اسْمِ الْبَيْتِ لِأَنَّهُ لَا يُبَاتُ فِيهِ، حَتَّى لَوْ بَقِيَ الْحِيطَانُ وَسَقَطَ السَّقْفُ يَحْنَثُ لِأَنَّهُ يُبَاتُ فِيهِ وَالسَّقْفُ وَصَفٌ فِيهِ (وَكَذَا إِذَا بَنَى بَيْتًا آخَرَ فَدَخَلَهُ لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّ الْأَسْمَ لَمْ يَبْقَ بَعْدَ الْإِنْهَادِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ هَذَا الْبَيْتَ فَدَخَلَهُ بَعْدَمَا انْهَدَمَ وَصَارَ صَحْرَاءَ لَمْ يَحْنَثْ) لِزَوَالِ اسْمِ الْبَيْتِ فَإِنَّهُ لَا يُبَاتُ فِيهِ، حَتَّى لَوْ بَقِيَ الْحِيطَانُ وَسَقَطَ السَّقْفُ حَنْثَ لِبَقَاءِ الْأَسْمِ) قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿فَتِلْكَ بُيُوتُهُمْ خَاوِيَةٌ﴾ [النمل: ٥٢] فِي بُيُوتٍ مُنْهَدِمَةٍ السَّقُوفِ (وَلِأَنَّهُ يُبَاتُ فِيهِ فَكَانَ السَّقْفُ وَصْفًا فِيهِ وَكَذَا إِذَا بَنَى بَيْتًا آخَرَ فَدَخَلَهُ لِأَنَّ الْأَسْمَ لَمْ يَبْقَ بَعْدَ الْإِنْهَادِ) وَأَنَّهُ صَارَ بَيْتًا بِسَبَبِ حَادِثٍ، وَاخْتِلَافِ السَّبَبِ يُوجِبُ اخْتِلَافَ الْعَيْنِ فَلَا يَكُونُ دَاخِلًا فِي الْبَيْتِ الْمَحْلُوفِ عَلَيْهِ فَلَا يَحْنَثُ، كَذَا فِي الشُّرُوحِ.

قَالَ: (وَمَنْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ هَذِهِ الدَّارَ فَوَقَّفَ عَلَى سَطْحِهَا حَنْثٌ) لِأَنَّ السَّطْحَ مِنْ

الدَّارِ أَلَا تَرَى أَنَّ الْمُعْتَكِفَ لَا يَفْسُدُ اعْتِكَافُهُ بِالْخُرُوجِ إِلَى سَطْحِ الْمَسْجِدِ. وَقِيلَ فِي عُرْفِنَا لَا يَحْتَنُ وَهُوَ اخْتِيَارُ الْفَقِيهِ أَبِي الْلَيْثِ. قَالَ (وَكَذَا إِذَا دَخَلَ دِهْلِيزَهَا) وَيَجِبُ أَنْ تَكُونَ عَلَى التَّفْصِيلِ الَّذِي تَقْدَمُ (وَإِنْ وَقَفَ فِي طَاقِ الْبَابِ بِحَيْثُ إِذَا أَغْلَقَ الْبَابُ كَانَ خَارِجًا لَمْ يَحْتَنُ) لِأَنَّ الْبَابَ لِإِحْرَازِ الدَّارِ وَمَا فِيهَا فَلَمْ يَكُنْ الْخَارِجُ مِنَ الدَّارِ.

الشرح:

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ هَذِهِ الدَّارَ فَوَقَّفَ عَلَى سَطْحِهَا) بِالصُّعُودِ إِلَيْهِ مِنْ خَارِجٍ (حَيْثُ لِأَنَّ السَّطْحَ مِنَ الدَّارِ) لِأَنَّ الدَّارَ عِبَارَةٌ عَمَّا أَحَاطَ بِهِ الدَّائِرَةُ وَهُوَ حَاصِلٌ فِي غُلُوبِهَا وَسُفْلِهَا (أَلَا تَرَى أَنَّ الْمُعْتَكِفَ لَا يَفْسُدُ اعْتِكَافُهُ بِالْخُرُوجِ إِلَى سَطْحِ الْمَسْجِدِ) وَلَا يَجُوزُ لِلْجَنْبِ وَالْحَائِضِ الْوُقُوفُ عَلَيْهِ، وَلَا يُطْنُ أَنْ السَّقْفَ مِنَ الْبِنَاءِ فَيَتَوَهَّمُ التَّنَاقُضُ بَيْنَ كَلَامَيْهِ لِأَنَّهُ قَالَ مِنْ قَبْلُ وَالْبِنَاءُ وَصْفٌ فِيهَا، وَقِيلَ إِذَا وَقَفَ عَلَى السَّطْحِ لَا يَحْتَنُ فِي عُرْفِنَا. قَالَ الْفَقِيهُ أَبُو الْلَيْثِ فِي التَّوَازُلِ: إِنْ كَانَ الْحَالِفُ مِنْ بِلَادِ الْعَجَمِ لَا يَحْتَنُ مَا لَمْ يَدْخُلِ الدَّارَ لِأَنَّ النَّاسَ لَا يَعْرِفُونَ ذَلِكَ دُخُولًا فِي الدَّارِ (وَكَذَا إِذَا دَخَلَ دِهْلِيزَهَا يَحْتَنُ) ذَكَرَهُ الْقُدُورِيُّ مُطْلَقًا. قَالَ الْمُصَنِّفُ (وَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ عَلَى التَّفْصِيلِ الَّذِي تَقْدَمُ) يَعْنِي بِهِ قَوْلُهُ وَإِذَا أَغْلَقَ الْبَابَ يَتِمُّ دَاخِلًا وَهُوَ مُسَقَّفٌ. قَوْلُهُ (وَإِنْ وَقَفَ فِي طَاقِ الْبَابِ) ظَاهِرٌ.

قَالَ: (وَمَنْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ هَذِهِ الدَّارَ وَهُوَ فِيهَا لَمْ يَحْتَنُ بِالْقُعُودِ حَتَّى يَخْرُجَ ثُمَّ يَدْخُلُ) اسْتِحْسَانًا. وَالْقِيَاسُ أَنْ يَحْتَنُ لِأَنَّ الدَّوَامَ لَهُ حُكْمُ الْإِبْتِدَاءِ. وَجَهُ الاسْتِحْسَانِ أَنْ الدُّخُولَ لَا دَوَامَ لَهُ لِأَنَّهُ انْفِصَالٌ مِنَ الْخَارِجِ إِلَى الدَّاخِلِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَجَهُ الاسْتِحْسَانِ) تَقْرِيرُهُ الْقَوْلَ بِالْمَوْجِبِ: يَعْنِي سَلَمْنَا أَنْ لِلدَّوَامِ حُكْمُ الْإِبْتِدَاءِ لَكِنْ فِيمَا لَهُ دَوَامٌ، وَالدُّخُولُ لَا دَوَامَ لَهُ لِأَنَّهُ انْفِصَالٌ مِنَ الْخَارِجِ إِلَى الدَّاخِلِ وَلَيْسَ لَهُ دَوَامٌ، وَإِطْلَاقُ الْإِنْتِقَالِ بَدَلِ الْإِنْفِصَالِ أَوْلَى لِكَوْنِهِ حَرَكَةً أَثْنِيَّةً تُسَمَّى نُقْلَةً.

(وَلَوْ حَلَفَ لَا يَلْبَسُ هَذَا الثَّوبَ وَهُوَ لَا يَسُهُ فَتَزَعَهُ فِي الْحَالِ لَمْ يَحْتَنُ) وَكَذَا إِذَا حَلَفَ لَا يَرْكَبُ هَذِهِ الدَّابَّةَ وَهُوَ رَاكِبُهَا فَتَنْزِلُ مِنْ سَاعَتِهِ لَمْ يَحْتَنُ، وَكَذَا لَوْ حَلَفَ لَا يَسْكُنُ هَذِهِ الدَّارَ وَهُوَ سَاكِنُهَا فَأَخَذَ فِي الثَّقَلَةِ مِنْ سَاعَتِهِ. وَقَالَ زُهْرِي: يَحْتَنُ لَوْجُودِ

الشَّرْطِ وَإِنْ قُلْ. وَلَنَا أَنْ الْيَمِينِ تُعْقَدَ لِلْبِرِّ فَيُسْتَنْتَى مِنْهُ زَمَانٌ تَحْقِيقُهُ (فَإِنْ لَبِثَ عَلَى حَالِهِ سَاعَةً حَنْثٌ) لِأَنَّ هَذِهِ الْأَفَاعِيلَ لَهَا دَوَامٌ بِحُدُوثِ أَمْثَالِهَا؛ أَلَا يَرَى أَنَّهُ يُضْرَبُ لَهَا مَدَّةٌ يُقَالُ رَكِبْتُ يَوْمًا وَلَيْسَتْ يَوْمًا بِخِلَافِ الدُّخُولِ لِأَنَّهُ لَا يُقَالُ دَخَلْتُ يَوْمًا بِمَعْنَى الْمَدَّةِ وَالتَّوْقِيتِ وَلَوْ نَوَى الْإِبْتِدَاءَ الْخَالِصَ يُصَدَّقُ لِأَنَّهُ مُحْتَمَلٌ كَلَامِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ حَلَفَ لَا يَلْبِسُ هَذَا الثُّوبَ) ظَاهِرٌ وَقَوْلُ زُفَرٍ قِيَاسٌ وَقَوْلُهُمْ اسْتَحْسَانٌ. وَخَاصِلُ كَلَامِهِ أَنَّ الْأَفْعَالَ عَلَى ضَرْبَيْنِ ضَرْبٌ يَقْبَلُ الْإِمْتِدَادَ وَضَرْبٌ لَا يَقْبَلُهُ وَالْفَاصِلُ بَيْنَهُمَا قَبُولُ التَّائِيَةِ وَعَدَمُهُ فَمَا قَبِلَ التَّائِيَةَ قَبِلَ الْإِمْتِدَادَ وَمَا لَا فَلَا. وَالِاسْتِدَامَةُ عَلَى الْمُمْتَدِّ بِمَنْزِلَةِ الْإِنْشَاءِ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿فَلَا تَقْعُدُوا بَعْدَ الذِّكْرِى مَعَ الْقَوْمِ الظَّالِمِينَ﴾ [الأنعام: ٦٨] أَيْ فَلَا تَمْكُثُ قَاعِدًا لِأَنَّهُ ﷺ كَانَ يَعِظُ النَّاسَ قَاعِدًا، وَعَلَى هَذَا قَالُوا: إِذَا قَالَ لَهَا كُلَّمَا رَكِبْتَ فَأَلْتِ طَالِقٌ فَمَكَّثَتْ سَاعَةً يُمَكِّنُهَا التَّزْوُلُ فِيهَا طَلَقَتْ، وَإِنْ مَكَّثَتْ مِثْلَهَا طَلَقَتْ أُخْرَى لِأَنَّ لِلدَّوَامِ حُكْمَ الْإِبْتِدَاءِ، وَكَلِمَةُ كُلَّمَا تُعْمُ الْأَفْعَالَ فَيَتَكَرَّرُ الْجَزَاءُ بِتَكَرُّرِ الشَّرْطِ.

وَتَوْقِضَ بِمَا لَوْ قَالَ كُلَّمَا رَكِبْتَ ذَابَّةٌ فَعَلِيٌّ أَنْ أَتَصَدَّقَ بِدِرْهِمٍ فَرَكِبَ ذَابَّةٌ فَعَلِيهِ دِرْهِمٌ وَإِنْ طَالَ مُكْثُهُ فِي الرُّكُوبِ، وَلَوْ كَانَ مَا ذَكَرْتُمْ صَحِيحًا لِلزِّمَةِ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْإِسْتِدَامَةَ فِيمَا يُمْتَدُّ بِمَنْزِلَةِ الْإِنْشَاءِ إِذَا لَمْ يَكُنِ الْإِنْشَاءُ الْخَالِصُ غَيْرَ مُرَادٍ، وَلِهَذَا قُلْنَا فِي هَذَا الْفَصْلِ إِذَا كَانَ رَاكِبًا وَقَتَ الْيَمِينِ لَزِمَهُ فِي كُلِّ وَقْتٍ يُمَكِّنُهُ التَّزْوُلُ وَالرُّكُوبُ دِرْهِمٌ لَكُونِ الْإِنْشَاءِ الْخَالِصِ غَيْرَ مُرَادٍ، وَإِنَّمَا قَالَ بِمَعْنَى الْمَدَّةِ وَالتَّوْقِيتِ اخْتِرَازًا عَمَّا يُقَالُ فِي مَجَارِي كَلَامِهِمْ دَخَلْتُ يَوْمًا وَخَرَجْتُ يَوْمًا وَلَكِنْ لَا بِمَعْنَى الْمَدَّةِ وَالتَّوْقِيتِ. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ نَوَى الْإِبْتِدَاءَ الْخَالِصَ يُصَدَّقُ لِأَنَّهُ مُحْتَمَلٌ كَلَامٍ) سَمَاءٌ مُحْتَمَلًا وَإِنْ كَانَ قَوْلُهُ لَا يَرْكَبُ حَقِيقَةً فِي الْإِبْتِدَاءِ لِأَنَّهُ حَقِيقَةٌ فِيهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ رَاكِبًا، وَأَمَّا إِذَا كَانَ رَاكِبًا فَلَا إِبْتِدَاءَ مِنْ مُحْتَمَلَاتِهِ.

قَالَ: (وَمَنْ حَلَفَ لَا يَسْكُنُ هَذِهِ الدَّارَ فَخَرَجَ بِنَفْسِهِ وَمَتَاعِهِ وَأَهْلِهِ فِيهَا وَلَمْ يُرِدِ الرُّجُوعَ إِلَيْهَا حَنْثٌ) لِأَنَّهُ يُعَدُّ سَاكِنًا بِبَقَاءِ أَهْلِهِ وَمَتَاعِهِ فِيهَا عَرَفًا، فَإِنَّ السُّوْقِيَّ عَامَّةً

فَهَارِهِ فِي السُّوقِ وَيَقُولُ أَسْكُنْ سَكَّةَ كَذَا، وَالْبَيْتَ وَالْمَحَلَّةَ بِمَنْزِلَةِ الدَّارِ.

وَلَوْ كَانَ الْيَمِينُ عَلَى الْمِصْرِ لَا يَتَوَقَّفُ الْبَرُّ عَلَى نَقْلِ الْمَتَاعِ وَالْأَهْلَ فِيْمَا رُويَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهُ لَا يُعَدُّ سَاكِنًا فِي الَّذِي انْتَقَلَ عَنْهُ عُرْفًا. بِخِلَافِ الْأَوَّلِ وَالْقَرْيَةَ بِمَنْزِلَةِ الْمِصْرِ فِي الصَّحِيحِ مِنَ الْجَوَابِ. ثُمَّ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا بُدَّ مِنْ نَقْلِ كُلِّ الْمَتَاعِ، حَتَّى لَوْ بَقِيَ وَتَدَّ يَحْنُثُ لِأَنَّ السُّكْنَى قَدْ ثَبَتَ بِالْكُلِّ فَيَبْقَى مَا بَقِيَ شَيْءٌ مِنْهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ يُعْتَبَرُ نَقْلُ الْأَكْثَرِ لِأَنَّ نَقْلَ الْكُلِّ قَدْ يَتَعَذَّرُ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ: يُعْتَبَرُ نَقْلُ مَا يَقُومُ بِهِ كَدُّ خَدَائِثِهِ لِأَنَّ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ لَيْسَ مِنَ السُّكْنَى. قَالُوا: هَذَا أَحْسَنُ وَأَرْفَقُ بِالنَّاسِ وَيَنْبَغِي أَنْ يَنْتَقِلَ إِلَى مَنْزِلٍ آخَرَ بِلَا تَأْخِيرٍ حَتَّى يَبْرُ، فَإِنْ انْتَقَلَ إِلَى السَّكَّةِ أَوْ إِلَى الْمَسْجِدِ قَالُوا لَا يَبْرُ، دَلِيلُهُ فِي الزِّيَادَاتِ أَنَّ مَنْ خَرَجَ بَعِيَالَهُ مِنْ مِصْرِهِ هَمَّا لَمْ يَتَّخِذْ وَطْناً آخَرَ يَبْقَى وَطْناً الْأَوَّلُ فِي حَقِّ الصَّلَاةِ كَذَا هَذَا. وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ حَلَفَ لَا يَسْكُنُ هَذِهِ الدَّارَ) يَعْنِي وَهُوَ مُتَأَهِّلٌ بِدَلِيلِ قَوْلِهِ فَخَرَجَ وَمَتَاعُهُ وَأَهْلُهُ فِيهَا. وَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ مُتَأَهِّلًا بَلْ هُوَ مِمَّنْ يَعُولُهُ غَيْرُهُ فَخَرَجَ بِنَفْسِهِ لَمْ يَحْنُثْ؛ وَالْمُتَأَهِّلُ إِذَا حَلَفَ، فَأَمَّا إِنْ حَلَفَ عَلَى الدَّارِ أَوْ الْمِصْرِ أَوْ الْقَرْيَةِ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَلَا بُدَّ مِنْ نَقْلِ أَهْلِهِ وَمَتَاعِهِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي يَكْتَفِي بِنَقْلِهِ إِلَى مِصْرٍ آخَرَ عَلَى مَا رُويَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ، وَإِنْ كَانَ الثَّلَاثَ فَقَدْ اخْتَلَفَ الْمَشَايخُ فِيهِ حَمَلَهَا بَعْضُهُمْ عَلَى الدَّارِ وَبَعْضُهُمْ عَلَى الْمِصْرِ وَهُوَ الصَّحِيحُ، وَالْحَاكِمُ فِي ذَلِكَ الْعُرْفُ لَيْسَ إِلَّا. ثُمَّ اخْتَلَفُوا فِي كَيْفِيَّةِ النَّقْلِ عَلَى مَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ. وَاعْتَزَّضَ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ بِأَنَّ سُكْنَاهُ كَانَ بِجَمِيعِ مَا كَانَ مَعَهُ مِنَ الْأَهْلِ وَالْمَتَاعِ، فَإِذَا أَخْرَجَ بَعْضَهُ انْتَفَى سُكْنَاهُ لِأَنَّ الْكُلَّ يَنْتَفِي بِإِثْنَاءِ الْبَعْضِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْكُلَّ يَنْتَفِي بِإِثْنَاءِ جُزْءٍ حَقِيقِيٍّ لَا اعْتِبَارِيٍّ، وَمَا ذَكَرْتُمْ لَيْسَ كَذَلِكَ. وَيَنْبَغِي أَنْ يَنْتَقِلَ إِلَى مَنْزِلٍ آخَرَ بِلَا تَأْخِيرٍ حَتَّى يَبْرُ وَقَالَ فِي الشَّافِي: إِنْ لَمْ يُمْكِنَهُ النَّقْلُ مِنْ سَاعَتِهِ بَعْدَ اللَّيْلِ أَوْ بِمَنْعِ ذِي سُلْطَانٍ أَوْ عَدَمِ مَوْضِعٍ آخَرَ يَنْتَقِلُ إِلَيْهِ لَمْ يَحْنُثْ لِأَنَّ حَالَةَ الضَّرُورَةِ مُسْتَثْنَاةٌ خِلَافًا لَزُفَرٍ، وَكَذَلِكَ لَوْ سَدَّ عَلَيْهِ الْبَابُ فَلَمْ يَقْدِرْ عَلَى الثَّقَلَةِ أَوْ كَانَ شَرِيفًا أَوْ ضَعِيفًا لَا يَقْدِرُ عَلَى نَقْلِ الْمَتَاعِ بِنَفْسِهِ وَلَمْ

يَجِدُ أَحَدًا يَنْقُلُهَا لَمْ يَحْنُثْ حَتَّى يَجِدَ مَنْ يَنْقُلُهَا وَيَلْحَقُ الْمَوْجُودُ بِالْمَعْدُومِ لِلْعَدَارِ.
وَتَوْقُضَ بِمَا ذَكَرَهُ الشَّيْخُ الْإِمَامُ أَبُو بَكْرٍ مُحَمَّدُ بْنُ الْفَضْلِ أَنَّ مَنْ قَالَ إِنَّ لَمْ أَخْرُجْ مِنْ
هَذَا الْمَنْزِلِ الْيَوْمَ فَأَمْرُهُ طَالِقٌ فَقَيَّدَ وَمَنَعَ مِنَ الْخُرُوجِ يَحْنُثُ، وَكَذَا لَوْ قَالَ لَامْرَأَتِهِ
وَهِيَ فِي مَنْزِلٍ وَالِدَهَا إِنَّ لَمْ تَحْضُرِي اللَّيْلَةَ مَنَزِلِي فَأَنْتِ طَالِقٌ فَمَنَعَهَا الْوَالِدُ عَنْ
الْحَضُورِ حَنْثٌ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ فِي مَسْأَلَةِ الْكِتَابِ شَرْطَ الْحَنْثِ السُّكْنَى، وَأَنَّهُ فِعْلٌ وَجُودِيٌّ لَا
يَحْصُلُ بِدُونِ الْاخْتِيَارِ.

وَلَا يَحْصُلُ الْاخْتِيَارُ مَعَ وُجُودِ الْمَوَانِعِ الْمَذْكُورَةِ. وَأَمَّا فِي صُورَةِ التَّقْضِ فَشَرْطُ
الْحَنْثِ عَدَمُ الْخُرُوجِ وَالْعَدَمُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى اخْتِيَارٍ (فَإِنْ ائْتَقَلَ إِلَى السَّكَّةِ أَوْ الْمَسْجِدِ قَالُوا:
لَا يَبْرُؤُ وَقِيلَ يَبْرُؤُ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ سَاكِنًا، وَدَلِيلُ الْأَوَّلِ مَا ذَكَرْتَاهُ فِي الزِّيَادَاتِ أَنَّ مَنْ خَرَجَ
بِعِيَالِهِ مِنْ مِصْرِهِ فَمَا لَمْ يَتَّخِذْ وَطَنًا آخَرَ يَبْقَى وَطَنُهُ الْأَوَّلُ فِي حَقِّ الصَّلَاةِ كَذَا هَذَا.
وَصُورَتُهُ: كُوفِيٌّ نَقَلَ عِيَالَهُ إِلَى مَكَّةَ لِيَتَوَطَّنَ بِهَا فَلَمَّا دَخَلَهَا وَتَوَطَّنَ بِهَا بَدَأَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ
إِلَى خُرَاسَانَ فَمَرَّ بِالْكُوفَةِ فَإِنَّهُ يُصَلِّي بِهَا رَكَعَتَيْنِ لِأَنَّ وَطَنَهُ بِالْكُوفَةِ اتَّقَضَ بِوَطَنِهِ
بِمَكَّةَ، وَإِنْ بَدَأَ لَهُ فِي الطَّرِيقِ قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ مَكَّةَ أَنْ لَا يَسْتَوِطِنَ مَكَّةَ وَيَرْجِعَ إِلَى
خُرَاسَانَ فَمَرَّ بِالْكُوفَةِ فَإِنَّهُ يُصَلِّي بِالْكُوفَةِ أَرْبَعًا لِأَنَّ وَطَنَهُ بِالْكُوفَةِ قَائِمٌ مَا لَمْ يَتَّخِذْ وَطَنًا
آخَرَ، فَكَذَا هَذَا.

وَفِي بَعْضِ الشَّرَاحِ قَوْلُهُ قَالُوا لَا يَبْرُؤُ مَعْنَاهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي طَلَبِ مَسْكَنِ آخَرَ، أَمَّا
إِذَا كَانَ وَبَقِيَ عَلَى ذَلِكَ أَيَّامًا فَلَا يَحْنُثُ فِي الصَّحِيحِ وَإِنْ لَمْ يَتَنَفَّلْ إِلَى السَّكَّةِ أَوْ
الْمَسْجِدِ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ طَرَحُ الْأَمْنَةِ فِي السَّكَّةِ فَيَصِيرُ ذَلِكَ الْقَدْرُ مُسْتَتْنً لِلضَّرُورَةِ،
وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ الْيَمِينِ فِي الْخُرُوجِ وَالْإِتْيَانِ وَالرُّكُوبِ وَغَيْرِ ذَلِكَ

قَالَ: (وَمَنْ حَلَفَ لَا يَخْرُجُ مِنَ الْمَسْجِدِ فَأَمَرَ إِنْسَانًا فَحَمَلَهُ فَأَخْرَجَهُ حَنْثٌ) لِأَنَّ
فِعْلَ الْمَأْمُورِ مُضَافًا إِلَى الْأَمْرِ فَصَارَ كَمَا إِذَا رَكِبَ دَابَّةً فَخَرَجَتْ (وَلَوْ أَخْرَجَهُ مُكْرَهَا لَمْ
يَحْنُثْ) لِأَنَّ الْفِعْلَ لَمْ يَنْتَقِلْ إِلَيْهِ لِعَدَمِ الْأَمْرِ (وَلَوْ حَمَلَهُ بِرِضَاهُ لَا بِأَمْرِهِ لَا يَحْنُثْ) فِي
الصَّحِيحِ، لِأَنَّ الْاِئْتِقَالَ بِالْأَمْرِ لَا بِمُجَرَّدِ الرِّضَا.

الشرح:

(بَابُ الْيَمِينِ فِي الْخُرُوجِ وَالْإِثْيَانِ وَالرُّكُوبِ وَغَيْرِ ذَلِكَ): ذَكَرُ الْخُرُوجَ هَاهُنَا ظَاهِرُ التَّنَاسُبِ لِأَنَّهُ لُهُ مُنَاسَبَةُ الْمُضَادَّةِ بِالْذُّخُولِ، وَأَمَّا الْإِثْيَانُ وَالرُّكُوبُ فَمَا يَتَحَقَّقُ بَعْدَ الْخُرُوجِ فَاسْتَصَحَبَهُمَا ذِكْرُ الْخُرُوجِ. وَقَوْلُهُ (وَمَنْ حَلَفَ لَا يَخْرُجُ مِنَ الْمَسْجِدِ) ظَاهِرٌ، وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي الدَّارِ وَالْبَيْتِ. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ أَخْرَجَهُ مُكْرَهًا) صُورَتُهُ أَنَّ يَحْمِلُهُ إِنْسَانٌ فَيُخْرِجُهُ مُكْرَهًا لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ لَمْ يُوَجَدْ مِنْهُ الْفِعْلُ لَا حَقِيقَةً وَلَا حُكْمًا، وَأَمَّا إِذَا هَدَّاهُ غَيْرُهُ فَخَرَجَ خَوْفًا مِنَ الْمُكْرَهِ فَإِنَّهُ يَحْنُثُ لَوْجُودِ الْفِعْلِ مِنْهُ، ثُمَّ هَلْ تَنَحَّلَ الْيَمِينُ إِذَا حَمَلَ مُكْرَهًا، قِيلَ تَنَحَّلَ كَمَا لَوْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ دَارَ فُلَانٍ فَهَبَّتْ بِهِ الرِّيحُ وَالْقَتَّةُ فِيهَا لَمْ يَحْنُثْ وَانْحَلَّتِ الْيَمِينُ، وَقِيلَ لَا تَنَحَّلُ وَهُوَ الصَّحِيحُ. وَقَوْلُهُ (فِي الصَّحِيحِ) اخْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ بَعْضِ الْمَشَايِخِ فَإِنَّهُمْ قَالُوا: إِنَّهُ يَحْنُثُ لَمَّا أَتَى لَمَّا كَانَ مُتَمَكِّنًا مِنَ الْامْتِنَاعِ فَلَمْ يَمْتَنِعْ صَارَ كَالْأَمْرِ بِالْإِخْرَاجِ.

قَالَ (وَلَوْ حَلَفَ لَا يَخْرُجُ مِنْ دَارِهِ إِلَّا إِلَى جِنَازَةٍ فَخَرَجَ إِلَيْهَا ثُمَّ أَتَى حَاجَةً أُخْرَى لَمْ يَحْنُثْ) لِأَنَّ الْمَوْجُودَ خُرُوجَ مُسْتَثْنَى، وَالْمُضْيِ بَعْدَ ذَلِكَ لَيْسَ بِخُرُوجٍ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالْمُضْيِ بَعْدَ ذَلِكَ لَيْسَ بِخُرُوجٍ) يَعْنِي أَنَّ الْخُرُوجَ عِبَارَةً عَنِ الْإِنْتِقَالِ مِنَ الدَّخْلِ إِلَى الْخَارِجِ وَلَمْ يُوَجَدْ.

(وَلَوْ حَلَفَ لَا يَخْرُجُ إِلَى مَكَّةَ فَخَرَجَ يُرِيدُهَا ثُمَّ رَجَعَ حَنِثَ) لَوْجُودِ الْخُرُوجِ عَلَى قَصْدِ مَكَّةَ وَهُوَ الشَّرْطُ، إِذَا الْخُرُوجُ هُوَ الْإِنْفِصَالُ مِنَ الدَّخْلِ إِلَى الْخَارِجِ (وَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْتِيهَا لَمْ يَحْنُثْ حَتَّى يَدْخُلَهَا) لِأَنَّهُ عِبَارَةٌ عَنِ الْوُصُولِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿فَأْتِيَا فِرْعَوْنَ فَقُولَا﴾ [الشعراء: ١٦] وَلَوْ حَلَفَ لَا يَذْهَبُ إِلَيْهَا قِيلَ هُوَ كَالْإِثْيَانِ، وَقِيلَ هُوَ كَالْخُرُوجِ وَهُوَ الْأَصَحُّ لِأَنَّهُ عِبَارَةٌ عَنِ الزَّوَالِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ حَلَفَ لَا يَخْرُجُ إِلَى مَكَّةَ) هَاهُنَا ثَلَاثَةُ أَلْفَافٍ: الْخُرُوجُ وَالْإِثْيَانُ وَالذَّهَابُ وَالْأَوَّلُ شَرْطُ الْحَنِثِ بِهِ الْإِنْفِصَالُ بِمُجَاوَزَةِ عِمْرَانَ مِصْرِهِ قَاصِدًا لِذَلِكَ دُونَ الْوُصُولِ. قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَمَنْ تَخَرَّجَ مِنْ بَيْتِهِ مُهَاجِرًا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ﴾ [النساء: ١٠٠]

وَأَرَادَ بِهِ الْإِنْفِصَالُ. وَالثَّانِي شَرْطُهُ الْوُصُولُ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿فَأَتَيْنَا فِرْعَوْنَ﴾ [الشعراء: ١٦] فَإِذَا وَصَلَ حَنْتَ سَوَاءٌ كَانَ قَاصِدًا أَوْ لَمْ يَكُنْ. وَالثَّالِثُ اخْتَلَفَ فِيهِ الْمَشَايخُ قَالَ نَصْرُ ابْنُ يَحْيَى هُوَ بِمَنْزِلَةِ الْإِثْنَانِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿أَذْهَبَ إِلَى فِرْعَوْنَ﴾ [النازعات: ١٧] وَالْمُرَادُ بِهِ الْإِثْنَانُ. وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ سَلَمَةَ: هُوَ بِمَنْزِلَةِ الْخُرُوجِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿إِنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيُذْهِبَ عَنْكُمُ الرِّجْسَ﴾ [الأحزاب: ٣٣] وَالْإِذْهَابُ الْإِزَالَةُ، فَيَكُونُ الذَّهَابُ زَوَالًا فَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِ الْوُصُولُ. قَالَ الْمُصَنِّفُ (وَهُوَ الْأَصَحُّ لِأَنَّهُ عِبَارَةٌ عَنِ الزَّوَالِ).

(وَأِنْ حَلَفَ لِيَأْتِيَنِ الْبَصْرَةَ فَلَمْ يَأْتِهَا حَتَّى مَاتَ حَيْثُ هِيَ آخِرُ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ) لِأَنَّ الْبِرَّ قَبْلَ ذَلِكَ مَرْجُوءٌ.

(وَلَوْ حَلَفَ لِيَأْتِيَنَّهُ غَدًا إِنْ اسْتَطَاعَ فَهَذَا عَلَى اسْتِطَاعَةِ الصَّحَّةِ دُونَ الْقُدْرَةِ، وَفَسَّرَهُ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَقَالَ: إِذَا لَمْ يَمْرُضْ وَلَمْ يَمْنَعَهُ السُّلْطَانُ وَلَمْ يَجِئْ أَمْرٌ لَا يَقْدِرُ عَلَى إِتْيَانِهِ فَلَمْ يَأْتِهِ حَنْتٌ، وَإِنْ عَنَى اسْتِطَاعَةَ الْقَضَاءِ دِينَ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى) وَهَذَا لِأَنَّ حَقِيقَةَ الْاسْتِطَاعَةِ فِيمَا يُقَارَنُ الْفِعْلُ وَيُطْلَقُ الْأِسْمُ عَلَى سَلَامَةِ الْأَلَاتِ وَصِحَّةِ الْأَسْبَابِ فِي الْمُتَعَارَفِ. فَعِنْدَ الْإِطْلَاقِ يَنْصَرِفُ إِلَيْهِ وَتَصِحُّ نَيْتُ الْأَوَّلِ دِيَانَةً لِأَنَّهُ نَوَى حَقِيقَةَ كَلَامِهِ ثُمَّ قِيلَ وَتَصِحُّ قَضَاءً أَيْضًا لَمَّا بَيَّنَّا، وَقِيلَ لَا تَصِحُّ لِأَنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ.

الشرح:

(وَلَوْ حَلَفَ لِيَأْتِيَنَّهُ غَدًا إِنْ اسْتَطَاعَ فَهَذَا عَلَى اسْتِطَاعَةِ الصَّحَّةِ دُونَ الْقُدْرَةِ) اعْلَمْ أَنَّ الْاسْتِطَاعَةَ تُطْلَقُ عَلَى مَعْنَيْنِ: أَحَدُهُمَا صِحَّةُ الْأَسْبَابِ وَالْأَلَاتِ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنْ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران: ٩٧] وَفَسَّرَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِالزَّادِ وَالرَّاحِلَةِ. وَالثَّانِي الْقُدْرَةُ الْحَقِيقِيَّةُ وَهِيَ نَوْعٌ عَلَى حَدِّهِ يَتَرْتَّبُ عَلَيْهَا الْفِعْلُ عِنْدَ إِرَادَتِهِ إِرَادَةً جَازِمَةً يَخْلُقُهُ اللَّهُ تَعَالَى عِنْدَ الْفِعْلِ لَا قَبْلَهُ عِنْدَنَا، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿مَا كَانُوا يَسْتَطِيعُونَ السَّمْعَ﴾ [هود: ٢٠] إِذَا عَرَفْتَ هَذَا فَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ كَلَامُهُ يَنْصَرِفُ إِلَى الْأَوَّلِ لِأَنَّهُ هُوَ الْمُتَعَارَفُ، وَإِنْ عَنَى الثَّانِي وَقَدْ عَبَّرَ عَنْهُ بِاسْتِطَاعَةِ الْقَضَاءِ صَدَقَ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى لِأَنَّهُ نَوَى أَرَادَ حَقِيقَةَ كَلَامِهِ. وَقِيلَ يَصْدُقُ قَضَاءً أَيْضًا لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّهُ نَوَى حَقِيقَةَ كَلَامِهِ. وَقِيلَ لَا يَصِحُّ قَضَاءً لِأَنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ، لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّ الْأَوَّلَ هُوَ الْمُتَعَارَفُ وَفِيهِ تَخْفِيفٌ عَلَى نَفْسِهِ.

(وَمَنْ حَلَفَ لَا تَخْرُجُ امْرَأَتُهُ إِلَّا بِإِذْنِهِ فَأَذِنَ لَهَا مَرَّةً فَخَرَجَتْ ثُمَّ خَرَجَتْ مَرَّةً أُخْرَى بِغَيْرِ إِذْنِهِ حَنْثٌ وَلَا بُدَّ مِنَ الْإِذْنِ فِي كُلِّ خُرُوجٍ) لِأَنَّ الْمُسْتَتْنَى خُرُوجٌ مَقْرُونٌ بِالْإِذْنِ، وَمَا وَرَاءَهُ دَاخِلٌ فِي الْحَظَرِ الْعَامِّ. وَلَوْ نَوَى الْإِذْنُ مَرَّةً يُصَدِّقُ دِيَانَةً لَا قَضَاءَ لِأَنَّهُ مُحْتَمَلٌ كَلَامِهِ لَكِنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ (وَلَوْ قَالَ إِلَّا أَنْ أَذِنَ لَكَ فَأَذِنَ لَهَا مَرَّةً وَاحِدَةً فَخَرَجَتْ ثُمَّ خَرَجَتْ بَعْدَهَا بِغَيْرِ إِذْنِهِ لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّ هَذِهِ كَلِمَةٌ غَايَةٌ فَتَنْتَهِي الْيَمِينَ بِهِ كَمَا إِذَا قَالَ حَتَّى أَذِنَ لَكَ.

الشرح:

وَلَوْ حَلَفَ لَا تَخْرُجُ امْرَأَتُهُ إِلَّا بِإِذْنِهِ احْتِجَّ إِلَى الْإِذْنِ لِكُلِّ خُرُوجَةٍ حَتَّى لَوْ أَذِنَ لَهَا مَرَّةً فَخَرَجَتْ ثُمَّ خَرَجَتْ بِلَا إِذْنٍ حَنْثٌ لِأَنَّ الْمُسْتَتْنَى خُرُوجٌ مَقْرُونٌ بِالْإِذْنِ؛ لِأَنَّ تَقْدِيرَهُ وَاللَّهُ لَا تَخْرُجِي إِلَّا خُرُوجًا مُلَصَّقًا بِإِذْنِي لِأَنَّ الْبَاءَ لِلِإِلصَاقِ فَيَقْتَضِي مُلَصَّقًا وَمُلَصَّقًا بِهِ فَيَكُونُ مَا وَرَاءَهُ: أَيُّ مَا وَرَاءَ الْمُسْتَتْنَى دَاخِلًا تَحْتَ الْحَظَرِ الْعَامِّ (وَلَوْ نَوَى الْإِذْنُ مَرَّةً صَدَّقَ دِيَانَةً لَا قَضَاءَ لِأَنَّهُ مُحْتَمَلٌ كَلَامِهِ) لَكِنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ لِكَوْنِهِ مُخَالَفًا لِمُقْتَضَى الْبَاءِ. وَلَوْ قَالَ إِلَّا أَنْ أَذِنَ لَكَ كَفَى إِذْنٌ وَاحِدٌ لَمَّا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ. وَاعْتَرِضَ عَلَيْهِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿لَا تَدْخُلُوا بُيُوتَ النَّبِيِّ إِلَّا أَنْ يُؤْذَنَ لَكُمْ﴾ [الأحزاب: ٥٣] وَكَانَ تَكَرُّرُ الْإِذْنِ لَازِمًا. وَأُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ بِدَلِيلٍ خَارِجِيٍّ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿إِنْ دَلَّكُمْ كَانَ يُؤْذِي النَّبِيَّ﴾ وَتَمَامُ التَّقْدِيرِ فِيهِ ذِكْرُهُ فِي الْأَنْوَارِ وَالتَّقْدِيرِ، وَمَعْنَى قَوْلِهِ لِأَنَّ هَذِهِ كَلِمَةٌ غَايَةٌ: أَيُّ كَلِمَةٌ تُفِيدُ مَعْنَى الْغَايَةِ لِأَنَّ أَنْ لَيْسَ مَوْضُوعًا لَهَا بَلْ لِلِاسْتِثْنَاءِ، وَتَعَدَّرَ حَمْلُهُ عَلَيْهِ لِأَنَّ صَدَرَ الْكَلَامِ لَيْسَ مِنْ جِنْسِ الْإِذْنِ حَتَّى يُسْتَتْنَى الْإِذْنُ مِنْهُ فَيَجْعَلُ مَجَازًا عَنْ حَتَّى لِمُنَاسَبَةِ بَيْنَهُمَا، وَهُوَ أَنَّ حُكْمَ مَا قَبْلَ الْغَايَةِ مُخَالَفٌ لَمَّا بَعْدَهَا، كَمَا أَنَّ حُكْمَ مَا قَبْلَ الْاسْتِثْنَاءِ يُخَالَفُ حُكْمَ مَا بَعْدَهُ.

(وَلَوْ أَرَادَتِ الْمَرْأَةُ الْخُرُوجَ فَقَالَ إِنْ خَرَجْتَ فَأَنْتِ طَالِقٌ فَجَلَسَتْ ثُمَّ خَرَجَتْ لَمْ يَحْنَثْ) وَكَذَلِكَ إِذَا أَرَادَ رَجُلٌ ضَرْبَ عَبْدِهِ فَقَالَ لَهُ آخِرُ إِنْ ضَرَبْتَهُ فَعَبْدِي حُرٌّ فَتَرَكَهُ ثُمَّ ضَرَبَهُ وَهَذِهِ تُسَمَّى يَمِينَ قَوْرٍ. وَتَقَرَّدَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ بِإِظْهَارِهِ. وَوَجْهُهُ أَنَّ مُرَادَ الْمُتَكَلِّمِ الرُّدُّ عَنْ تِلْكَ الضَّرْبَةِ وَالْخُرُوجَةِ عُرْفًا، وَمَبْنَى الْإِيمَانِ عَلَيْهِ. (وَلَوْ قَالَ لَهُ رَجُلٌ اجْلِسْ فَتَعَدَّدَ عِنْدِي قَالَ إِنْ تَغَدَّيْتُ فَعَبْدِي حُرٌّ فَخَرَجَ فَرَجَعَ إِلَى مَنْزِلِهِ وَتَغَدَّى لَمْ يَحْنَثْ)

لأنَّ كَلَامَهُ خَرَجَ مَخْرَجَ الْجَوَابِ فَيَنْطَبِقُ عَلَى السُّؤَالِ فَيَنْصَرِفُ إِلَى الْغَدَاءِ الْمَدْعُوِّ إِلَيْهِ،
بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ إِنْ تَعَدَّيْتُ الْيَوْمَ لِأَنَّهُ زَادَ عَلَى حَرْفِ الْجَوَابِ فَيُجْعَلُ مُبْتَدَأً.

الشرح:

قَالَ (وَلَوْ أَرَادَتْ الْمَرْأَةُ الْخُرُوجَ) صُورَةُ الْمَسْأَلَةِ ظَاهِرَةٌ (وُتُسَمَّى هَذِهِ الْيَمِينُ يَمِينُ فُورٍ) وَهُوَ فِي الْأَصْلِ مَصْدَرٌ فَارَتْ الْقَدْرُ إِذَا غَلَتْ، فَاسْتَعِيرَ لِلسَّرْعَةِ ثُمَّ سُمِّيَتْ بِهِ الْحَالَةُ الَّتِي لَا رَيْبَ فِيهَا وَلَا لَيْثَ، فَقِيلَ جَاءَ فُلَانٌ وَخَرَجَ فُلَانٌ مِنْ فُورِهِ: أَيُّ مِنْ سَاعَتِهِ (وَتَفَرَّدَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ بِإِظْهَارِهِ) أَيُّ بِاسْتِنْبَاطِهِ، وَكَانَ النَّاسُ قَبْلَهُ يَعْلَمُونَ الْيَمِينَ عَلَى تَوْعَيْنٍ: مُؤَيَّدَةً، وَمُؤَقَّتَةً لَفْظًا.

ثُمَّ اسْتَنْبَطَ أَبُو حَنِيفَةَ هَذَا النَّوعَ الثَّلَاثَ وَهُوَ الْمُؤَبَّدُ لَفْظًا وَالْمُؤَقَّتُ مَعْنَى.

وَقَدْ أَخَذَهُ مِنْ حَدِيثِ جَابِرٍ وَابْنِهِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا حِينَ دُعِيَ إِلَى نُصْرَةِ رَجُلٍ فَحَلَفَا أَنْ لَا يُنْصَرَاهُ ثُمَّ نَصَرَاهُ وَلَمْ يَحْتَسَا، وَاعْتَبِرَ فِي ذَلِكَ الْعَرَفُ فَإِنَّ الْحَالَفَ فِي الْعَادَةِ يَقْصِدُ بِهَذَا اللَّفْظِ مَنَعَهُمَا عَنِ الْخُرْجَةِ الَّتِي تَهَيَّأَتْ لَهَا إِلَّا مِنَ الْخُرُوجِ عَلَى التَّأْيِيدِ، فَإِذَا عَادَتْ فَقَدْ تَرَكْتَ تِلْكَ الْخُرْجَةَ وَانْتَهَتْ الْيَمِينُ فَلَا يَحْتَسُ بَعْدَ ذَلِكَ، وَإِنْ خَرَجَتْ وَالْعَرَفُ لَهُ اعْتِبَارٌ فِي بَابِ الْأَيْمَانِ؛ وَعَلَى هَذَا لَوْ أَرَادَ الرَّجُلُ ضَرْبَ عَبْدِهِ فَقَالَ آخِرُ إِنْ ضَرَبْتَهُ فَعَبْدِي خُرٌّ يَتَقَيَّدُ بِتِلْكَ الضَّرْبَةِ، وَعَلَى هَذَا إِذَا قَالَ لَهُ اجْلِسْ تَعَدَّ عِنْدِي فَقَالَ إِنْ تَعَدَّيْتُ فَعَبْدِي خُرٌّ وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ. وَلَوْ قَالَ إِنْ تَعَدَّيْتُ الْيَوْمَ يُجْعَلُ مُبْتَدَأً لِأَنَّهُ زَادَ عَلَى مِقْدَارِ الْجَوَابِ. فَفِي تَطْيِيقِهِ عَلَى السُّؤَالِ إِلْعَاءُ الزِّيَادَةِ.

فَإِنْ قِيلَ: الزِّيَادَةُ لَا تَضُرُّ كَوْنَهُ جَوَابًا للسُّؤَالِ؛ أَلَا تَرَى إِلَى قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿قَالَ هِيَ عَصَايَ أَتَوَكَّؤُا عَلَيْهَا وَأَهشُّ بِهَا عَلَى غَنَمِي وَلِيَ فِيهَا مَنَازِبُ أُخْرَى﴾ [طه: ١٨] فِي جَوَابِ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَمَا تِلْكَ بِيَمِينِكَ يَمْؤُسِي﴾ [طه: ١٧] كَيْفَ زَادَ عَلَى مِقْدَارِ الْجَوَابِ وَهُوَ أَنْ يَقُولَ عَصَايَ وَلَمْ يُخْرِجْهُ عَنْ كَوْنِهِ جَوَابًا.

أُجِيبَ بِأَنَّ كَلِمَةَ «مَا» تُسْتَعْمَلُ للسُّؤَالِ عَنِ الذَّاتِ وَالسُّؤَالِ عَنِ الصِّفَاتِ، وَحَيْثُ وَقَعَتْ فِي حَيْزِ السُّؤَالِ اشْتَبَهَ عَلَى مُوسَى عَلَيْهِ السَّلَامُ أَنَّ السُّؤَالَ وَقَعَ عَنِ الذَّاتِ أَوِ الصِّفَةِ فَجَمَعَ بَيْنَهُمَا لِيَكُونَ مُجِيبًا عَلَى كُلِّ حَالٍ.

قَالَ صَاحِبُ النَّهَائَةِ: إِلَى هَذَا أَشَارَ فِي الْفَوَائِدِ الظَّهْرِيَّةِ. وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ أَهْلَ

الْبَلَاغَةَ قَالُوا: إِنَّ " مَا " يُسْأَلُ بِهَا عَنْ وَصْفِ الْعُقَلَاءِ وَالْعَصَا لَمْ تَكُنْ عَاقِلَةً سَلَمْنَا، وَلَكِنْ الْأَفْعَالُ الْمُسْتَدَّةُ إِلَى مُوسَى عَلَيْهِ السَّلَامُ لَا تَكُونُ أَوْصَافًا؛ وَلَكِنْ كَانَتْ لَا تَكُونُ أَوْصَافًا لِلْعَصَا. وَأَقُولُ: الزِّيَادَةُ عَلَى حَرْفِ الْجَوَابِ لَا تَصْرِفُهُ عَنْ كَوْنِهِ جَوَابًا لَهُ الْبَيِّنَةُ، وَإِنَّمَا يُجْعَلُ كَلَامًا مُبْتَدَأً إِذَا كَانَ ثَمَّةَ مَصْرِفٍ يُمَكِّنُ حَمْلُهُ عَلَيْهِ إِعْمَالًا لِلزِّيَادَةِ كَمَا فِي الْمَسْأَلَةِ وَلَيْسَ فِي الْآيَةِ ذَلِكَ فَلَمْ يُصْرِفْ عَنْ كَوْنِهِ جَوَابًا يُلَوِّحُ إِلَى هَذَا قَوْلُهُ فَيُجْعَلُ مُبْتَدَأً.

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَرْكَبُ دَابَّةً فَلَانَ فَرَكَبَ دَابَّةً عَبْدٌ مَادُونٌ لَهُ مَدْيُونٌ أَوْ غَيْرِ مَدْيُونٍ لَمْ يَحْنَثْ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ إِلَّا أَنَّهُ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ مُسْتَعْرِقٌ لَا يَحْنَثُ وَإِنْ نَوَى لِأَنَّهُ لَا مَلِكَ لِلْمَوْلَى فِيهِ عِنْدَهُ، وَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ غَيْرَ مُسْتَعْرِقٍ أَوْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ لَا يَحْنَثُ مَا لَمْ يَنْوِهِ لِأَنَّ الْمَلِكَ فِيهِ لِلْمَوْلَى لِكُنْهُ يُضَافُ إِلَى الْعَبْدِ عُرْفًا، وَكَذَا شَرْعًا قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ بَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ فَهُوَ لِلْبَائِعِ» ^(١) الْحَدِيثُ فَتَحْتَلُّ الإِضَافَةُ إِلَى الْمَوْلَى فَلَا بُدَّ مِنَ النَّيَةِ. وَقَالَ أَبُو يُونُسَ: فِي الْوُجُوهِ كُلِّهَا: يَحْنَثُ إِذَا نَوَاهُ لاختِلَالِ الإِضَافَةِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَحْنَثُ وَإِنْ لَمْ يَنْوِهِ لِاعتِبَارِ حَقِيقَةِ الْمَلِكِ إِذِ الدَّيْنُ لَا يَمْنَعُ وَقُوعَهُ لِلسَّيِّدِ عِنْدَهُمَا.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَمَنْ حَلَفَ لَا يَرْكَبُ دَابَّةً فَلَانَ) الدَّابَّةُ فِي اللُّغَةِ كُلُّ مَا يَدْبُ مِنْ الْحَيَوَانَاتِ: أَيْ يَتَحَرَّكُ مَشْيًا عَلَى وَجْهِ الْأَرْضِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَمَا مِنْ دَابَّةٍ فِي الْأَرْضِ إِلَّا عَلَى اللَّهِ رِزْقُهَا﴾ [هود: ٦] وَيَتَعَلَّقُ الرُّكُوبُ بِهَا بَعِيْنٌ مَا يَرْكَبُ مِنْهَا مُرَادًا كَالْبُغْلِ وَالْفَرَسِ وَالْبَعِيرِ وَالْحِمَارِ وَالْبَقَرِ وَالْجَامُوسِ وَالْفِيلِ فِي الْقِيَاسِ. وَاسْتَحْسَنَ الْعُلَمَاءُ فِي عَقْدِ الْيَمِينِ عَلَى مَا يُرَكَبُ فِي غَالِبِ الْبُلْدَانِ وَهُوَ الْخَيْلُ وَالْبِغَالُ وَالْحَمِيرُ أَخْذًا مِنْ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَالْخَيْلُ وَالْبِغَالُ وَالْحَمِيرُ لَتَرْكَبُوهَا﴾ [النحل: ٨] ذَكَرَ مِثْلَ الرُّكُوبِ فِي هَذِهِ الْأَنْوَاعِ الثَّلَاثَةِ: فَأَمَّا فِي الْأَنْعَامِ فَقَدْ ذَكَرَ مُنْفَعَةَ الْأَكْلِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَالْأَنْعَامُ خَلَقَهَا لَكُمْ﴾ [النحل: ٥]، وَبِالْعُرْفِ؛ فَإِنَّهُ إِذَا قِيلَ رَكَبَ فَلَانَ دَابَّةً لَمْ يَفْهَمْ مِنْهُ أَحَدٌ أَنَّهُ رَكَبَ الْبَقَرَ أَوْ الْفِيلَ وَإِنْ كَانَ يَرْكَبُ فِي بِلَادِ الْهِنْدِ، إِلَّا إِذَا نَوَى جَمِيعَ ذَلِكَ فَيَكُونُ عَلَى مَا نَوَى لِأَنَّهُ نَوَى حَقِيقَةَ كَلَامِهِ، وَفِيهِ تَشْدِيدٌ عَلَيْهِ.

(١) أخرجه البخاري في البيوع باب ٩٠، ومسلم في البيوع (٧٧).

وَإِذَا عُرِفَ هَذَا فَمَنْ حَلَفَ لَا يَرْكَبُ دَابَّةَ فُلَانٍ فَرَكَبَ دَابَّةَ عَبْدٍ مَأْذُونٍ لَهُ مَدْيُونٍ أَوْ غَيْرِ مَدْيُونٍ لَمْ يَحْنَثْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَهَذَا إِذَا لَمْ يَتَوَّ، فَأَمَّا إِذَا تَوَّى وَرَكَبَ دَابَّةَ الْعَبْدِ فَيَحْنَثُ، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ مُسْتَعْرِقٌ لَا يَحْنَثُ وَإِنْ تَوَّى لِأَنَّهُ لَا مِلْكَ لِلْمَوْلَى فِيهِ عِنْدَهُ: أَيُّ فِيمَا مَلَكَهُ الْعَبْدُ الْمَدْيُونُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ.

حَتَّى لَوْ أَعْتَقَ عَبْدٌ عَبْدَهُ لَا يُعْتَقُ وَتَلَمَّحَ مِمَّا ذَكَرْنَا الْمُسْتَشْنَى مِنْهُ فِي قَوْلِهِ إِلَّا أَنَّهُ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ وَهُوَ الْقَدْرُ الَّذِي أَظْهَرْنَاهُ، وَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ غَيْرُ مُسْتَعْرِقٍ أَوْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ لَا يَحْنَثُ مَا لَمْ يَتَوَّهَا لِأَنَّ الْمِلْكَ فِيهِ لِلْمَوْلَى لَكِنَّهُ يُضَافُ إِلَى الْعَبْدِ عُرْفًا حَيْثُ يُقَالُ دَابَّةُ عَبْدٍ فُلَانٍ وَلَمْ يَقُلْ دَابَّةُ فُلَانٍ.

وَشَرَعًا قَالَ ﷺ «مَنْ بَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ فَمَالُهُ لِمَوْلَاهُ» فَتَحْتَاطُ الْإِضَافَةُ إِلَى الْمَوْلَى فَلَا بُدَّ مِنَ النَّيَّةِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَحْنَثُ فِي الْوُجُوهِ كُلِّهَا، وَهِيَ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ، وَكَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ غَيْرُ مُسْتَعْرِقٍ أَوْ دَيْنٌ مُسْتَعْرِقٌ إِذَا تَوَّى. وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ دَيْنَ الْعَبْدِ وَإِنْ كَانَ لَا يَمْنَعُ وَقُوعَ الْمِلْكِ لِلْمَوْلَى عِنْدَهُ إِلَّا أَنَّهُ يُضَافُ إِلَى الْعَبْدِ فَتَحْتَاطُ الْإِضَافَةُ إِلَى الْمَوْلَى فَلَا يَدْخُلُ تَحْتَاطُ الْإِضَافَةِ إِلَّا بِالنِّيَّةِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَحْنَثُ فِي الْوُجُوهِ كُلِّهَا وَإِنْ لَمْ يَتَوَّهَا لِاعْتِبَارِ حَقِيقَةِ الْمِلْكِ لِلسَّيِّدِ إِذَا الدَّيْنُ لَا يَمْنَعُ وَقُوعَهُ لِلسَّيِّدِ عِنْدَهُمَا.

بَابُ الْيَمِينِ فِي الْأَكْلِ وَالشُّرْبِ

قَالَ: (وَمَنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ مِنْ هَذِهِ النُّخْلَةِ فَهُوَ عَلَى ثَمَرِهَا) لِأَنَّهُ أَضَافَ الْيَمِينَ إِلَى مَا لَا يُؤْكَلُ فَيَنْصَرِفُ إِلَى مَا يَخْرُجُ مِنْهُ وَهُوَ الثَّمَرُ لِأَنَّهُ سَبَبٌ لَهُ فَيَصْلُحُ مَجَازًا عَنْهُ، لَكِنَّ الشَّرْطَ أَنْ لَا يَتَغَيَّرَ بِصُنْعِهِ جَدِيدَةً حَتَّى لَا يَحْنَثَ بِالنَّبِيذِ وَالْخَلِّ وَالذَّبْسِ الْمَطْبُوعِ.

الشرح:

(بَابُ الْيَمِينِ فِي الْأَكْلِ وَالشُّرْبِ): قَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ أَوَّلَ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ الْإِنْسَانُ الْمَسْكَنُ ثُمَّ الْأَكْلُ وَالشُّرْبُ، وَهَذَا الْبَابُ لِبَيَانِ الْيَمِينِ عَلَيْهِمَا. وَاعْلَمْ أَنَّ مَا يَصِلُ إِلَى جَوْفِ الْإِنْسَانِ لَا يَخْلُو عَنْ أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ: مَأْكُولٍ، وَمَشْرُوبٍ، وَمَمْصُوعٍ، وَمَلْعُوقٍ؛ فَالْمَأْكُولُ مَا يَتَأَتَّى فِيهِ الْمَضْغُ وَالْهَشْمُ لَا الْمَمْضُوعُ، حَتَّى لَوْ ائْتَلَعَ مَا يَتَأَتَّى فِيهِ الْمَضْغُ مِنْ غَيْرِ مَضْغٍ يُسَمَّى أَكْلًا. وَالْمَشْرُوبُ مَا لَا يَتَأَتَّى فِيهِ ذَلِكَ، فَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ لَبَنًا فَشَرِبَهُ لَا يَحْنَثُ، وَلَوْ حَلَفَ لَا يَشْرِبُهُ فَتَرَدَّ فِيهِ وَأَكَلَ لَمْ يَحْنَثُ.

وَالْمَصُوصُ هُوَ مَا يَحْصُلُ بِعِلَاجِ اللَّهَاءِ؛ فَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ عَنَبًا أَوْ رُمَانًا فَمَضَعُهُ وَرَمَى ثَقْلَهُ وَابْتَلَعَ مَاءً لَمْ يَحْنَثْ لَا فِي الْأَكْلِ وَلَا فِي الشُّرْبِ. وَالْمَعْلُوقُ هُوَ مَا يُتَنَاوَلُ بِالْجَسِّ بِالْأَصْبُعِ وَالشَّفَاهِ، فَإِذَا عُرِفَ هَذَا رَجَعْنَا إِلَى مَا فِي الْكِتَابِ، فَقَوْلُهُ فَهُوَ عَلَى ثَمَرِهَا: يَعْنِي إِذَا كَانَتْ لَهَا ثَمَرَةٌ، وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ فَالْيَمِينُ تَقَعُ عَلَى ثَمَرِهَا لِأَنَّهُ أَضَافَ الْيَمِينَ إِلَى مَا لَا يُؤْكَلُ فَيَنْصَرِفُ إِلَى مَا يَخْرُجُ مِنْهُ لِأَنَّ الْحَقِيقَةَ إِذَا تَعَدَّرَتْ يُصَارُ إِلَى الْمَجَازِ، وَمَا يَخْرُجُ مِنْهُ صَالِحٌ لِكَوْنِهِ مَجَازًا؛ لِأَنَّهُ: أَيُّ مَا لَا يُؤْكَلُ سَبَبٌ لَهُ فَيَنْصَرِفُ إِلَى مَا يَخْرُجُ مِنْهُ، وَذَكَرَ السَّبَبَ وَإِرَادَةَ الْمُسَبَّبِ مَجَازًا شَائِعٌ، وَلَكِنْ يُشْتَرَطُ أَنْ لَا يَتَغَيَّرَ بِصُنْعَةٍ جَدِيدَةٍ لِأَنَّ مَا يُصْنَعُ مِنْ ذَلِكَ الثَّمَرِ لَيْسَ بِثَمَرٍ فَلَا يَحْنَثُ بِالتَّيْبِذِ وَالْحَلِّ وَالذَّبْسِ الْمَطْبُوحِ، وَفَيْدٌ بِالْمَطْبُوحِ وَإِنْ كَانَ الذَّبْسُ لَا يَكُونُ إِلَّا مَطْبُوحًا احْتِرَازًا عَمَّا إِذَا أُطْلِقَ اسْمُ الذَّبْسِ عَلَى مَا يَسِيلُ مِنَ الرُّطْبِ كَمَا ذَكَرَهُ فِي بَعْضِ الْمَوَاضِعِ مِنَ الذَّخِيرَةِ وَغَيْرِهِ.

(وَأِنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ مِنْ هَذَا الْبُسْرِ فَصَارَ رُطْبًا فَأَكَلَهُ لَمْ يَحْنَثْ. وَكَذَا إِذَا حَلَفَ لَا يَأْكُلُ مِنْ هَذَا الرُّطْبِ أَوْ مِنْ هَذَا اللَّبَنِ فَصَارَ ثَمَرًا أَوْ صَارَ اللَّبَنُ شِيرَارًا لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّ صِفَةَ الْبُسُورَةِ وَالرُّطُوبَةِ دَاعِيَةٌ إِلَى الْيَمِينِ، وَكَذَا كَوْنُهُ لَبَنًا فَيَتَقَيَّدُ بِهِ، وَلِأَنَّ اللَّبَنَ مَا كُوِلَ فَلَا يَنْصَرِفُ الْيَمِينُ إِلَى مَا يُتَّخَذُ مِنْهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا حَلَفَ لَا يَكْلُمُ هَذَا الصَّبِيَّ أَوْ هَذَا الشَّابَّ فَكَلِمَةُ بَعْدَ مَا شَاحَ لِأَنَّ هِجْرَانَ الْمُسْلِمِ بِمَنْعِ الْكَلَامِ مِنْهُيٌّ عَنْهُ فَلَمْ يُعْتَبَرِ الدَّاعِي دَاعِيًا فِي الشَّرْعِ.

الشرح:

وقوله (وَمَنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ مِنْ هَذَا الْبُسْرِ) ظَاهِرٌ، وَكَلَامُهُ يُشِيرُ إِلَى قَاعِدَةٍ هِيَ أَنَّ الْيَمِينَ إِذَا انْعَقَدَتْ عَلَى عَيْنٍ يَوْصَفُ يَدْعُو ذَلِكَ الْوَصْفُ إِلَى الْيَمِينِ فَيَتَقَيَّدُ الْيَمِينُ بِنَقَاءِ ذَلِكَ الْوَصْفِ فَيَنْزِلُ مَنْزِلَةَ الْأَسْمِ؛ وَلِذَلِكَ لَا يَحْنَثُ مَنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ مِنْ هَذَا الْبُسْرِ أَوْ الرُّطْبِ أَوْ اللَّبَنِ فَتَغَيَّرَ ذَلِكَ الْوَصْفُ بِصَيَرُورَةِ الْبُسْرِ رُطْبًا وَالرُّطْبِ ثَمَرًا وَاللَّبَنِ شِيرَارًا وَهُوَ الَّذِي أُسْتَخْرِجَ مَأْوُهُ فَصَارَ كَالْفَالُودِجِ الْخَائِرِ. فَإِنْ قِيلَ: فَعَلَى هَذَا إِذَا حَلَفَ لَا يَكْلُمُ هَذَا الصَّبِيَّ أَوْ هَذَا الشَّابَّ فَكَلِمَةُ بَعْدَ مَا شَاحَ يَنْبَغِي أَنْ لَا يَحْنَثَ لِأَنَّ الصَّبَا مَظْنَةُ السَّفَهِ وَالشَّابَّ شُعْبَةٌ مِنَ الْجُنُونِ فَكَانَا وَصْفَيْنِ دَاعِيَيْنِ إِلَى الْيَمِينِ وَقَدْ زَالَا عِنْدَ الشَّيْخُوخَةِ فَكَانَ الْوَاجِبُ أَنْ لَا يَحْنَثَ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا

حَلَفَ لَا يُكَلِّمُ هَذَا الصَّبِيَّ إلخ. وَوَجْهُهُ أَنَّ الْقَاعِدَةَ الْمَذْكُورَةَ تَقْتَضِي ذَلِكَ لَكِنْ الشَّرْعُ أَسْقَطَ اعْتِبَارَهَا لِأَنَّهُ نَهَى عَنْ هِجْرَانِ الْمُسْلِمِ بِمَنْعِ الْكَلَامِ، قَالَ ﷺ «مَنْ لَمْ يَرْحَمْ الصَّغِيرَ نَا وَلَمْ يُوقِّرْ كَبِيرَنَا» الْحَدِيثَ.

وَالْمَهْجُورُ شَرْعًا كَالْمَهْجُورِ عَادَةً، فَأَعْقَدْتُ الْيَمِينَ عَلَى الذَّاتِ وَهِيَ مَوْجُودَةٌ حَالَةَ الشَّيْخُوخَةِ فَيَحْتَثُ فِي يَمِينِهِ. وَأَعْتَرَضَ عَلَى ذَلِيلِ الْكِتَابِ بِأَنَّا سَلَمْنَا أَنَّ هِجْرَانَ الْمُسْلِمِ حَرَامٌ، لَكِنْ الْحَرَامُ يَقَعُ مَحْلُوفًا عَلَيْهِ، كَمَا لَوْ قَالَ وَاللَّهِ لَيَشْرَبَنَّ الْيَوْمَ خَمْرًا. وَأَجِيبَ بِأَنَّ الْكَلَامَ فِي أَنَّ الْحَقِيقَةَ يَجُوزُ أَنْ تُتْرَكَ بِهِجْرَانِ الشَّرْعِ فِيمَا إِذَا كَانَ الْكَلَامُ مُحْتَمِلًا لِلْمَجَازِ حَمَلًا لِأَمْرِ الْمُسْلِمِ عَلَى الصَّلَاحِ، وَأَمَّا أَنَّ الْيَمِينَ تُنْعَقِدُ عَلَى الْحَرَامِ الْمَحْضِ فَلَا كَلَامَ فِيهِ.

(وَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ لَحْمَ هَذَا الْحَمَلِ فَأَكَلَ بَعْدَمَا صَارَ كَبَشًا حَنْثٌ) لِأَنَّ صِفَةَ الصَّغِيرِ فِي هَذَا لَيْسَتْ بِدَاعِيَةٍ إِلَى الْيَمِينِ فَإِنَّ الْمُتَمَتِّعَ عَنْهُ أَكْثَرَ امْتِنَاعًا عَنْ لَحْمِ الْكَبِشِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ لَحْمَ هَذَا الْحَمَلِ) ظَاهِرٌ.

قَالَ: (وَمَنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ بُسْرًا فَأَكَلَ رُطْبًا لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّهُ لَيْسَ بِبُسْرِ.

الشرح:

قَالَ: (وَمَنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ بُسْرًا) هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ: إِذَا حَلَفَ لَا يَأْكُلُ بُسْرًا فَأَكَلَ مُذْنِبًا بِكُسْرِ التَّوْنِ وَهُوَ مَا بَدَأَ الْإِرْطَابُ مِنْ قَبْلِ ذَنْبِهِ وَهُوَ مَا سَفَلَ مِنْ جَانِبِ الْقَمْعِ وَالْعَلَاقَةِ وَتَفْسِيرُهُ هُوَ الَّذِي عَامَّتُهُ بُسْرٌ وَفِيهِ شَيْءٌ مِنَ الرُّطْبِ حَنْثٌ فِي يَمِينِهِ فِي قَوْلِهِمْ. وَكَذَا إِذَا حَلَفَ لَا يَأْكُلُ رُطْبًا مُذْنِبًا وَهُوَ الَّذِي عَامَّتُهُ رُطْبٌ وَفِيهِ شَيْءٌ مِنَ الْبُسْرِ حَنْثٌ فِي قَوْلِهِمْ. وَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ بُسْرًا فَأَكَلَ رُطْبًا فِيهِ شَيْءٌ مِنَ الْبُسْرِ حَنْثٌ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَا يَحْنَثُ. وَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ رُطْبًا فَأَكَلَ بُسْرًا فِيهِ شَيْءٌ مِنَ الرُّطْبِ حَنْثٌ عِنْدَهُ خِلَافًا لُهُمَا عَلَى رِوَايَةِ الْكِتَابِ. وَذَكَرَ فِي الْإِيضَاحِ وَشُرُوحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ قَوْلَ مُحَمَّدٍ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي أَنَّهُ يَحْنَثُ فِي هَاتَيْنِ الصُّورَتَيْنِ. وَقَالَ صَاحِبُ النَّهَائَةِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِصِحَّتِهِ: لُهُمَا أَنَّ الرُّطْبَ الْمَذْنَبَ يُسَمَّى رُطْبًا، فَإِذَا حَلَفَ لَا يَأْكُلُ بُسْرًا وَأَكَلَ الرُّطْبَ الْمَذْنَبَ فَقَدْ أَكَلَ الرُّطْبَ لَا الْبُسْرَ فَلَا يَحْنَثُ،

وَكَذَلِكَ بِالْعَكْسِ وَصَارَ كَمَا إِذَا حَلَفَ لَا يَشْتَرِي رُطْبًا فَاشْتَرَى بُسْرًا مُذْنِبًا لَا يَحْنُثُ.

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ رُطْبًا أَوْ بُسْرًا أَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ رُطْبًا وَلَا بُسْرًا فَأَكَلَ مُذْنِبًا حَنَثَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ لَا يَحْنُثُ فِي الرُّطْبِ) يَعْنِي بِالْبُسْرِ الْمَذْنِبِ وَلَا فِي الْبُسْرِ بِالرُّطْبِ الْمَذْنِبِ لِأَنَّ الرُّطْبَ الْمَذْنِبَ يُسَمَّى رُطْبًا وَالْبُسْرَ الْمَذْنِبَ يُسَمَّى بُسْرًا فَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ الْيَمِينُ عَلَى الشَّرَاءِ. وَلَهُ أَنَّ الرُّطْبَ الْمَذْنِبَ مَا يَكُونُ فِي ذَنْبِهِ قَلِيلُ بُسْرٍ، وَالْبُسْرَ الْمَذْنِبَ عَلَى عَكْسِهِ فَيَكُونُ أَكْلُهُ أَكْلَ الْبُسْرِ وَالرُّطْبِ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مَقْصُودٌ فِي الْأَكْلِ بِخِلَافِ الشَّرَاءِ لِأَنَّهُ يُصَادَفُ الْجُمْلَةُ فَيَتَّبِعُ الْقَلِيلُ فِيهِ الْكَثِيرَ.

(وَلَوْ حَلَفَ لَا يَشْتَرِي رُطْبًا فَاشْتَرَى كِبَاسَةً بُسْرٍ فِيهَا رُطْبٌ لَا يَحْنُثُ) لِأَنَّ الشَّرَاءَ يُصَادَفُ الْجُمْلَةُ وَالْمَغْلُوبُ تَابِعٌ (وَلَوْ كَانَتْ الْيَمِينُ عَلَى الْأَكْلِ يَحْنُثُ) لِأَنَّ الْأَكْلَ يُصَادَفُهُ شَيْئًا فَشَيْئًا فَكَانَ كُلُّ مِنْهُمَا مَقْصُودًا وَصَارَ كَمَا إِذَا حَلَفَ لَا يَشْتَرِي شَعِيرًا أَوْ لَا يَأْكُلُهُ فَاشْتَرَى حِنْطَةً فِيهَا حَبَاتُ شَعِيرٍ وَأَكَلَهَا يَحْنُثُ فِي الْأَكْلِ دُونَ الشَّرَاءِ لَمَّا قُلْنَا.

الشرح:

(وَلَهُ أَنَّ الرُّطْبَ الْمَذْنِبَ مَا يَكُونُ فِي ذَنْبِهِ قَلِيلُ بُسْرٍ وَالْبُسْرَ الْمَذْنِبَ عَلَى عَكْسِهِ فَيَكُونُ أَكْلُهُ أَكْلَ الْبُسْرِ وَالرُّطْبِ) فَيَحْنُثُ فِي الصُّورَتَيْنِ وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا غَالِبًا وَالْآخَرُ مَغْلُوبًا أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ مِيزَهُ فَأَكَلَهُ حَنَثَ بِالْإِتِّفَاقِ. فَكَذَا إِذَا أَكَلَهُ مَعَ غَيْرِهِ. وَاسْتَشْكَلَ بِمَا إِذَا حَلَفَ لَا يَشْرَبُ هَذَا اللَّبَنَ فَصَبَّ فِيهِ مَاءٌ وَالْمَاءُ غَالِبٌ فَشَرِبَهُ لَمْ يَحْنُثْ، وَإِنْ شَرِبَ الْمَحْلُوفَ عَلَيْهِ وَزِيَادَةً.

وَأَشَارَ الْمُصَنِّفُ إِلَى الْجَوَابِ عَنْهُ بِقَوْلِهِ (وَكُلُّ وَاحِدٍ مَقْصُودٌ فِي الْأَكْلِ) يَعْنِي بِخِلَافِ صُورَةِ اللَّبَنِ، فَإِنَّ اللَّبَنَ لَمَّا صُبَّ فِيهِ الْمَاءُ شَاعَ وَمَاعٍ فِي جَمِيعِ أَجْزَائِهِ اللَّبَنِ فَصَارَ مُسْتَهْلَكًا. وَلِهَذَا لَا يُرَى مَكَانُهُ فَلَمْ يَكُنْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَقْصُودًا بِالشُّرْبِ. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الشَّرَاءِ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِهِمَا صُورَةَ النَّزَاعِ عَلَى الشَّرَاءِ وَهُوَ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (وَلَوْ حَلَفَ لَا يَشْتَرِي رُطْبًا) كَالْيَمِينِ لِلْمَسْأَلَةِ الْمُتَقَدِّمَةِ وَهُوَ ظَاهِرٌ.

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ لَحْمًا فَأَكَلَ لَحْمَ السَّمَكِ لَا يَحْنُثُ) وَالْقِيَاسُ أَنْ يَحْنُثَ لِأَنَّهُ يُسَمَّى لَحْمًا فِي الْقُرْآنِ. وَجَهُ الْإِسْتِحْسَانِ أَنَّ التَّسْمِيَةَ مَجَازِيَّةً لِأَنَّ اللَّحْمَ مُنْشَوُّهُ مِنْ

الدَّمِ وَلَا دَمَ فِيهِ لِسُكُونِهِ فِي الْمَاءِ (وَإِنْ أَكَلَ لَحْمَ خِنْزِيرٍ أَوْ لَحْمَ إِنْسَانٍ يَحْنُثُ) لِأَنَّهُ لَحْمٌ حَقِيقِيٌّ إِلَّا أَنَّهُ حَرَامٌ. وَالْيَمِينُ قَدْ تُعْقَدُ لِلْمَنْعِ مِنَ الْحَرَامِ (وَكَذًا إِذَا أَكَلَ كَبِدًا أَوْ كَرِشًا) لِأَنَّهُ لَحْمٌ حَقِيقَةٌ فَإِنْ نُمُوهُ مِنَ الدَّمِ وَيُسْتَعْمَلُ اسْتِعْمَالُ اللَّحْمِ. وَقِيلَ فِي عُرْفِنَا لَا يَحْنُثُ لِأَنَّهُ لَا يُعَدُّ لَحْمًا.

الشرح:

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ لَحْمًا فَأَكَلَ لَحْمَ السَّمَكِ لَا يَحْنُثُ) وَالْأَصْلُ فِيهِ أَنَّ اللَّفْظَ إِذَا تَنَاولَ أَفْرَادًا وَفِي بَعْضِهَا نَوْعٌ قَصْرٌ لَا يَدْخُلُ الْقَاصِرُ تَحْتَهُ، وَلَحْمُ السَّمَكِ فِيهِ قُصُورٌ لِأَنَّ اللَّحْمَ مِنَ الْإِلْتِحَامِ وَالْإِلْتِحَامُ بِالِاشْتِدَادِ وَالِاشْتِدَادُ بِالدَّمِ وَالدَّمُ فِي السَّمَكِ ضَعِيفٌ. وَقَالَ الْمُصَنِّفُ: لَا دَمَ فِيهِ، جَعَلَهُ بِمَنْزِلَةِ الْمَعْدُومِ لِكَوْنِهِ يَسْكُنُ الْمَاءَ فَكَانَ مَعْنَى اللَّحْمِ قَاصِرًا فِيهِ فَلَا يَدْخُلُ تَحْتَ اللَّفْظِ الْمَطْلُوقِ وَمَوْضُوعُهُ أَصُولُ الْفَقْهِ (وَإِنْ أَكَلَ لَحْمَ خِنْزِيرٍ أَوْ إِنْسَانَ حَنْثٌ لِأَنَّهُ لَحْمٌ حَقِيقِيٌّ إِلَّا أَنَّهُ حَرَامٌ، وَالْيَمِينُ قَدْ تُعْقَدُ لِلْمَنْعِ مِنَ الْحَرَامِ) وَاعْتَرَضَ بِأَنَّ الْكُفَّارَةَ فِيهَا مَعْنَى الْعِبَادَةِ فَلَا يُنَاطُ وَجُوبُهَا بِمَا هُوَ حَرَامٌ مَحْضٌ، وَأَكْلُ لَحْمِ الْخِنْزِيرِ وَالْإِنْسَانِ حَرَامٌ مَحْضٌ فَكَيْفَ يَتَعَلَّقُ وَجُوبُهَا بِهِ؟ وَأُجِيبَ بِأَنَّ هَذِهِ مُغَالِطَةٌ لِأَنَّ الْكُفَّارَةَ تَجِبُ بَعْدَ يَمِينٍ تُفْضَتُ بِالْحَنْثِ وَقَدْ وَجَدَتْ، وَكَوْنُ الْحَنْثِ بِأَمْرٍ مُبَاحٍ أَوْ حَرَامٍ لَا مَدْخَلَ لَهُ فِي ذَلِكَ أَشَارَ إِلَى هَذَا قَوْلُهُ وَالْيَمِينُ قَدْ تُعْقَدُ لِلْمَنْعِ مِنَ الْحَرَامِ. قَوْلُهُ (وَكَذًا إِذَا أَكَلَ كَبِدًا) ظَاهِرٌ.

(وَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ أَوْ لَا يَشْتَرِي شَحْمًا لَمْ يَحْنُثْ إِلَّا فِي شَحْمِ الْبَطْنِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: يَحْنُثُ فِي شَحْمِ الظَّهْرِ أَيْضًا) وَهُوَ اللَّحْمُ السَّمِينُ لَوْجُودِ خَاصِيَةِ الشَّحْمِ فِيهِ وَهُوَ الذُّوبُ بِالنَّارِ. وَلَهُ أَنَّهُ لَحْمٌ حَقِيقَةٌ؛ أَلَا تَرَاهُ أَنَّهُ يَنْشَأُ مِنَ الدَّمِ وَيُسْتَعْمَلُ اسْتِعْمَالَهُ وَتَحْصُلُ بِهِ قُوَّتُهُ وَلِهَذَا يَحْنُثُ بِأَكْلِهِ فِي الْيَمِينِ عَلَى أَكْلِ اللَّحْمِ، وَلَا يَحْنُثُ بِيَعِهِ فِي الْيَمِينِ عَلَى يَبْعِ الشَّحْمِ، وَقِيلَ هَذَا بِالْعَرَبِيَّةِ، فَأَمَّا اسْمُهُ بِهِ بِالْفَارِسِيَّةِ لَا يَقَعُ عَلَى شَحْمِ الظَّهْرِ بِحَالٍ.

(وَلَوْ حَلَفَ لَا يَشْتَرِي أَوْ لَا يَأْكُلُ لَحْمًا أَوْ شَحْمًا فَاشْتَرَى أَلِيَةً أَوْ أَكَلَهَا لَمْ يَحْنُثْ) لِأَنَّهُ نَوْعٌ ثَالِثٌ حَتَّى لَا يُسْتَعْمَلَ اسْتِعْمَالُ اللَّحُومِ وَالشُّحُومِ.

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ مِنْ هَذِهِ الْحِنْطَةِ لَمْ يَحْنُثْ حَتَّى يَقْضِيَهَا، وَلَوْ أَكَلَ مِنْ

خُبْرَهَا لَمْ يَحْنَثْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: إِنْ أَكَلَ مِنْ خُبْرِهَا حَنْثٌ أَيْضًا) لِأَنَّهُ مَفْهُومٌ مِنْهُ عُرْفًا. وَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ لَهُ حَقِيقَةً مُسْتَعْمَلَةً فَإِنَّهَا ثَقُلَى وَتَعَلَى وَتَوَكَّلْ قَضَمًا وَهِيَ قَاضِيَةٌ عَلَى الْمَجَازِ الْمُتَعَارَفِ عَلَى مَا هُوَ الْأَصْلُ عِنْدَهُ. وَلَوْ قَضَمَهَا حَنْثٌ عِنْدَهُمَا هُوَ الصَّحِيحُ لِعُمُومِ الْمَجَازِ، كَمَا إِذَا حَلَفَ لَا يَضَعُ قَدَمَهُ فِي دَارِ فُلَانٍ. وَإِلَيْهِ الْإِشَارَةُ بِقَوْلِهِ فِي الْخُبْرِ حَنْثٌ أَيْضًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ مِنْ هَذِهِ الْخِنْطَةِ لَمْ يَحْنَثْ حَتَّى يَقْضِمَهَا) وَالْقَضْمُ: الْأَكْلُ بِأَطْرَافِ الْأَسْنَانِ مِنْ بَابِ لَبَسَ، وَإِنَّمَا وَضَعَ الْمَسْأَلَةَ فِي الْخِنْطَةِ الْمُعَيَّنَةِ لِأَنَّهُ إِذَا عَقَدَ يَمِينَهُ عَلَى أَكْلِ خِنْطَةٍ لَا بَعِيْنَهَا يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْجَوَابُ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ كَالْجَوَابِ عِنْدَهُمَا. قَالَ فِي النَّهَائَةِ: هَكَذَا ذَكَرَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ فِي أَيْمَانِ الْأَصْلِ وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى أَوْجِهِ: أَحَدُهَا أَنْ لَا يَأْكُلَ حَبًّا كَمَا هِيَ فَأَكَلَ مِنْ خُبْرِهَا أَوْ سَوِيْقَهَا لَا يَحْنَثُ بِالْإِتِّفَاقِ لِأَنَّهُ أَرَادَ حَقِيقَةَ كَلَامِهِ فَيَتَقَيَّدُ الْيَمِينَ بِهَا. وَالثَّانِي أَنْ يَتَوَيَّ أَنْ لَا يَأْكُلَ مَا يُتَّخَذُ مِنْهَا لَا يَحْنَثُ بِأَكْلِ عَيْنِهَا كَذَلِكَ. وَالثَّالِثُ أَنْ لَا يَكُونَ لَهُ نِيَّةٌ فَأَكَلَ مِنْ خُبْرِهَا لَمْ يَحْنَثْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلَافًا لِهَؤُلَاءِ. وَالْوَجْهُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ. وَمَبْنَاهُ عَلَى أَنَّ الْحَقِيقَةَ الْمُسْتَعْمَلَةَ عِنْدَهُ أَوَّلَى مِنَ الْمَجَازِ الْمُتَعَارَفِ وَعِنْدَهُمَا بِالْعَكْسِ وَمَوْضِعُهُ أَصُولُ الْفِقْهِ.

(وَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ مِنْ هَذَا الدَّقِيقِ فَأَكَلَ مِنْ خُبْرِهِ حَنْثٌ) لِأَنَّهُ عَيْنُهُ غَيْرُ مَأْكُولٍ فَانْصَرَفَ إِلَى مَا يُتَّخَذُ مِنْهُ (وَلَوْ اسْتَفْهُ كَمَا هُوَ لَا يَحْنَثُ) هُوَ الصَّحِيحُ لَتَعَيَّنَ الْمَجَازُ مُرَادًا.

الشرح:

(وَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ مِنْ هَذَا الدَّقِيقِ فَأَكَلَ مِنْ خُبْرِهِ حَنْثٌ) بِالْإِتِّفَاقِ (لِأَنَّهُ عَيْنُهُ غَيْرُ مَأْكُولٍ) فَكَانَتْ الْحَقِيقَةُ مُتَعَذِّرَةً فَيُصَارُ إِلَى الْمَجَازِ وَهُوَ مَا يُتَّخَذُ مِنْهُ (وَلَوْ اسْتَفْهُ) أَيُّ أَكَلَهُ مِنْ غَيْرِ مَضْغٍ (لَا يَحْنَثُ هُوَ الصَّحِيحُ) وَإِنَّمَا قَالَ هُوَ الصَّحِيحُ احْتِرَازًا عَنْ قَوْلِ بَعْضِ مَشَايِخِنَا أَنَّهُ يَحْنَثُ لِأَنَّهُ أَكَلَ الدَّقِيقَ حَقِيقَةً، وَالْعُرْفُ وَإِنْ أُعْتَبِرَ فَالْحَقِيقَةُ لَا تَسْقُطُ بِهِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ عَيْنَ الدَّقِيقِ مَأْكُولٌ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَحْنَثُ لِأَنَّ هَذِهِ الْحَقِيقَةَ

مَهْجُورَةٌ، وَلَمَّا انْصَرَفَتِ الْيَمِينُ إِلَى مَا يُتَّخَذُ مِنْهُ لِلْعُرْفِ سَقَطَ اعْتِبَارُ الْحَقِيقَةِ، كَمَنْ قَالَ لِأَجَنِيَّةٍ إِنْ نَكَحْتُكَ فَعَبْدِي حُرٌّ فَرَكْنِي بِهَا لَمْ يَحْنَثْ لِأَنَّ يَمِينَهُ لَمَّا انْصَرَفَ إِلَى الْعَقْدِ لَمْ يَتَنَاوَلَ حَقِيقَةَ الْوَطْءِ.

(وَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ خُبْزًا فَيَمِينُهُ عَلَى مَا يُعْتَادُ أَهْلُ الْمِصْرِ أَكْلَهُ خُبْزًا) وَذَلِكَ خُبْزُ الْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ لِأَنَّهُ هُوَ الْمَعْتَادُ فِي غَالِبِ الْبُلْدَانِ (وَلَوْ أَكَلَ مِنْ خُبْزِ الْقَطَائِفِ لَا يَحْنَثُ) لِأَنَّهُ لَا يُسَمَّى خُبْزًا مُطْلَقًا إِلَّا إِذَا نَوَاهُ لِأَنَّهُ مُحْتَمَلٌ كَلَامِهِ (وَكَذَا لَوْ أَكَلَ خُبْزَ الْأَرْزِ بِالْعِرَاقِ لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّهُ غَيْرُ مُعْتَادٍ عِنْدَهُمْ حَتَّى لَوْ كَانَ بِطَبْرِسْتَانَ أَوْ فِي بَلَدَةٍ طَعَامُهُمْ ذَلِكَ يَحْنَثُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ خُبْزًا) عَلَى مَا ذَكَرَهُ ظَاهِرٌ. وَطَبْرِسْتَانُ هِيَ أَمْلُ وَوَلَايَتُهَا، وَقِيلَ أَصْلُهَا تَبْرِسْتَانُ لِأَنَّ أَهْلَهَا يُحَارِبُونَ بِالتَّبْرِ وَهُوَ الْفَاسُ فَعَرَّبُوهُ إِلَى طَبْرِسْتَانٍ.

(وَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ الشُّوَاءَ فَهُوَ عَلَى اللَّحْمِ دُونَ الْبَاذِنَجَانِ وَالْجَزْرِ) لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ اللَّحْمُ الْمَشْوِيُّ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ إِلَّا أَنْ يَنْوِي مَا يُشْوَى مِنْ بَيْضٍ أَوْ غَيْرِهِ لِمَكَانِ الْحَقِيقَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ الشُّوَاءَ) ظَاهِرٌ.

(وَأِنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ الطَّبِيخَ فَهُوَ عَلَى مَا يُطْبَخُ مِنَ اللَّحْمِ) وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ اعْتِبَارًا لِلْعُرْفِ، وَهَذَا لِأَنَّ التَّعْمِيمَ مُتَعَدِّرٌ فَيُصْرَفُ إِلَى خَاصٍّ هُوَ مُتَعَارَفٌ وَهُوَ اللَّحْمُ الْمَطْبُوخُ بِالْمَاءِ إِلَّا إِذَا نَوَى غَيْرَ ذَلِكَ لِأَنَّ فِيهِ تَشْدِيدًا، وَإِنْ أَكَلَ مِنْ مَرَقِهِ يَحْنَثُ لَمَّا فِيهِ مِنْ أَجْزَاءِ اللَّحْمِ وَلِأَنَّهُ يُسَمَّى طَبِيخًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا لِأَنَّ التَّعْمِيمَ مُتَعَدِّرٌ) لِأَنَّ الدَّوَاءَ الْمُسَهِّلَ مَطْبُوخٌ وَنَحْنُ نَعْلَمُ بَيَقِينٍ أَنَّهُ لَمْ يَرِدْ ذَلِكَ (فَيُصْرَفُ إِلَى خَاصٍّ هُوَ مُتَعَارَفٌ وَهُوَ اللَّحْمُ الْمَطْبُوخُ بِالْمَاءِ) قَالُوا قَيَّدَ بِقَوْلِهِ بِالْمَاءِ لِأَنَّ الْقَلِيلَةَ الْيَابِسَةَ فَلَا تُسَمَّى مَطْبُوخًا فَلَا يَحْنَثُ بِأَكْلِهَا.

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ الرُّءُوسَ فَيَمِينُهُ عَلَى مَا يُكْبَسُ فِي التَّنَانِيرِ وَيَبَاعُ فِي الْمِصْرِ)

وَيَقَالُ يُكْنَسُ (وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: لَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ رَأْسًا فَهُوَ عَلَى رُءُوسِ الْبَقَرِ وَالْغَنَمِ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ عَلَى الْغَنَمِ خَاصَّةً، وَهَذَا اخْتِلَافٌ عَصِرٍ وَزَمَانٍ كَانَ الْعُرْفُ فِي زَمَنِهِمَا وَفِي زَمَنِهِمَا فِي الْغَنَمِ خَاصَّةً وَفِي زَمَانِنَا يُفْتَى عَلَى حَسَبِ الْعَادَةِ كَمَا هُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْمُخْتَصَرِ.

الشرح:

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ الرُّءُوسَ فَيَمِينُهُ عَلَى مَا يُكْبَسُ فِي التَّنَائِيرِ) أَيُّ يُطْمُ بِهِ التَّنُورُ: يَعْنِي يَدْخُلُ فِيهِ مِنْ كَبَسَ الرَّجُلُ رَأْسَهُ فِي جَيْبٍ قَمِيصِهِ إِذَا أَدْخَلَهُ فِيهِ (وَيُبَاعُ فِي الْمَصْرِ) لِأَنَّ رَأْسَ الْجَرَادِ رَأْسٌ حَقِيقَةٌ وَلَيْسَ بِمُرَادٍ فَيُصَرَّفُ إِلَى الْمَجَازِ الْمُتَعَارَفِ، وَفُسِّرَهُ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ عَلَى مَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ. وَاعْتَرَضَ عَلَى هَذَا بِأَنَّ لَحْمَ الْخَنْزِيرِ وَالْإِنْسَانَ لَا يُبَاعُ فِي الْأَسْوَاقِ وَمَعَ ذَلِكَ يَحْتُ بِالْأَكْلِ إِذَا حَلَفَ لَا يَأْكُلُ لَحْمًا، وَأُجِيبَ بِمَا حَاصِلُهُ الْفَرْقُ بِأَنَّ الرَّأْسَ غَيْرُ مَاكُولٍ بِجَمِيعِ أَجْزَائِهِ لِأَنَّ مِنْهَا الْعَظْمَ فَكَانَتْ الْحَقِيقَةُ مُتَعَذِّرَةً فَيُصَارُ إِلَى الْمَجَازِ الْمُتَعَارَفِ وَهُوَ مَا يُكْبَسُ فِي التَّنَائِيرِ وَيُبَاعُ فِي الْأَسْوَاقِ، وَأَمَّا اللَّحْمُ فَيُؤْكَلُ بِجَمِيعِ أَجْزَائِهِ فَكَانَتْ الْحَقِيقَةُ مُمَكِّنَةً فَلَا تُشْرِكُ فَيَحْتُ بِأَكْلِ لَحْمِ الْإِنْسَانِ وَالْخَنْزِيرِ.

فَإِنْ قُلْتَ: الْحَقِيقَةُ إِنْ لَمْ تَكُنْ مُتَعَذِّرَةً فَهِيَ مَهْجُورَةٌ شَرْعًا، وَالْمَهْجُورُ شَرْعًا كَالْمَهْجُورِ عَادَةً، وَفِي الْمَهْجُورِ شَرْعًا يُصَارُ إِلَى الْمَجَازِ كَمَا فِي الْمَهْجُورِ عَادَةً.

قُلْتَ: الْمَهْجُورُ شَرْعًا هُوَ الَّذِي لَا يَكُونُ شَيْءٌ مِنْ أَفْرَادِهِ مَعْمُولًا بِهِ كَالْحَلْفِ عَلَى تَرْكِ كَلَامِ الصَّبِيِّ وَهَذَا لَيْسَ كَذَلِكَ. فَإِنْ قِيلَ: سَلَمْنَا ذَلِكَ لَكِنْ لَا يَطْرُدُ فِي الشَّرَاءِ فَإِنَّ الرَّأْسَ يُشْتَرَى بِجَمِيعِ أَجْزَائِهِ فَلَمْ تَكُنْ الْحَقِيقَةُ مُتَعَذِّرَةً. وَأُجِيبَ بِأَنَّ مِنَ الرُّءُوسِ مَا لَا يَجُوزُ إِضَافَةُ الشَّرَاءِ إِلَيْهِ كَرَأْسِ الثَّمَلِ وَالذُّبَابِ وَالْأَدَمِيِّ فَكَانَتْ مُتَعَذِّرَةً.

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ فَاكِهَةً فَأَكَلَ عِنَبًا أَوْ رُمَانًا أَوْ رُطْبًا أَوْ قِنَاءً أَوْ خِيَارًا لَمْ يَحْتُ، وَإِنْ أَكَلَ ثُقَاحًا أَوْ بَطِيخًا أَوْ مِشْمِشًا حَتَّى، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: حَتَّى فِي الْعِنَبِ وَالرُّطْبِ وَالرُّمَانِ أَيْضًا) وَالْأَصْلُ أَنَّ الْفَاكِهَةَ اسْمٌ لِمَا يُتَفَكَّهُ بِهِ قَبْلَ الطَّعَامِ وَبَعْدَهُ: أَيُّ يُتَنَعَّمُ بِهِ زِيَادَةً عَلَى الْمُعْتَادِ، وَالرُّطْبُ وَالْيَابِسُ فِيهِ سَوَاءٌ بَعْدَ أَنْ يَكُونَ التَّفَكُّهُ بِهِ مُعْتَادًا حَتَّى لَا يَحْتُ بِيَابِسِ الْبَطِيخِ، وَهَذَا الْمَعْنَى مَوْجُودٌ فِي

الثَّفَاحِ وَأَخَوَاتِهِ فَيَحْنَتُ بِهَا وَغَيْرُ مَوْجُودٍ فِي الْقِتَاءِ وَالْخِيَارِ لِأَنَّهُمَا مِنَ الْبُقُولِ بَيْعًا وَأَكْلًا فَلَا يَحْنَتُ بِهِمَا. وَأَمَّا الْعِنَبُ وَالرُّطْبُ وَالرُّمَانُ فَهَهُمَا يَقُولَانِ إِنَّ مَعْنَى الثَّفَكَةِ مَوْجُودٌ فِيهَا فَإِنَّهَا أَعَزُّ الْفَوَاحِ وَالتَّنْعَمُ بِهَا يَفُوقُ التَّنْعَمَ بِغَيْرِهَا، وَأَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَقُولُ: إِنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ مِمَّا يُتَغَذَّى بِهَا وَيُنْدَاوَى بِهَا فَأَوْجِبَ قُصُورًا فِي مَعْنَى الثَّفَكَةِ لِلِاسْتِعْمَالِ فِي حَاجَةِ الْبَقَاءِ وَلِهَذَا كَانَ الْيَابِسُ مِنْهَا مِنَ التَّوَابِلِ أَوْ مِنَ الْأَقْوَاتِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ فَاكِهَةً فَأَكَلَ عِنَبًا أَوْ رُمَانًا أَوْ رُطْبًا أَوْ قِتَاءً أَوْ خِيَارًا لَمْ يَحْنَتْ، وَإِنْ أَكَلَ ثَفَاحًا أَوْ بَطِيخًا أَوْ مِشْمِشًا حَنَتَ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يَحْنَتُ فِي الْعِنَبِ وَالرُّطْبِ وَالرُّمَانِ أَيْضًا) يَعْنِي لَا فِي الْقِتَاءِ وَالْخِيَارِ وَكَانَتْ الْمَسْأَلَةُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ: فِي وَجْهِ يَحْنَتُ بِالِاتِّفَاقِ، وَهُوَ أَنْ يَقَعَ يَمِينُهُ عَلَى ثَمَرِ كُلِّ شَجَرٍ سِوَى الْعِنَبِ وَالرُّطْبِ وَالرُّمَانِ، وَيَسْتَوِي فِي ذَلِكَ الرُّطْبُ وَالْيَابِسُ. وَفِي وَجْهِ لَا يَحْنَتُ بِالِاتِّفَاقِ، وَهُوَ أَنْ يَأْكُلَ الْخِيَارَ وَالْقِتَاءَ لِأَنَّهُ يُؤْكَلُ مَعَ الْبُقُولِ.

وَفِي وَجْهِ اخْتَلَفُوا فِيهِ وَهُوَ الْعِنَبُ وَالرُّطْبُ وَالرُّمَانُ إِذَا لَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ، وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ إِلَّا مَا تَذَكَّرَهُ، فَقَوْلُهُ زِيَادَةُ عَلَى الْمُعْتَادِ: أَيُّ عَلَى الْعَدَاءِ الْأَصْلِيِّ حَتَّى تُسَمَّى النَّارُ فَاكِهَةً وَالْمَزَاحُ فَاكِهَةً لَوْجُودِ زِيَادَةِ التَّنْعَمِ فِيهَا.

وَقَوْلُهُ (وَالرُّطْبُ وَالْيَابِسُ فِيهِ سَوَاءٌ) يَعْنِي أَنَّ مَا كَانَ فَاكِهَةً لَا فَرْقَ فِيهِ بَيْنَ رَطْبِهِ وَيَابِسِهِ، وَيَابِسُ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ لَا يُعَدُّ فَاكِهَةً فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ رَطْبُهَا كَذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُمَا مِنَ الْبُقُولِ بَيْعًا) فَإِنَّ بَائِعَ الْبُقُولِ هُوَ الَّذِي يَبِيعُهَا لَا غَيْرُ، وَأَمَّا أَكْلًا فَإِنَّهُمَا يُوضَعَانِ عَلَى الْمَوَائِدِ حَيْثُ يُوضَعُ التَّنْعَاغُ وَالْبَصْلُ.

وَقَوْلُهُ (إِنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ مِمَّا يُتَغَذَّى بِهَا) يَعْنِي الْعِنَبَ وَالرُّطْبَ (وَيُنْدَاوَى بِهَا) يَعْنِي الرُّمَانَ (وَلِهَذَا كَانَ الْيَابِسُ مِنْهَا مِنَ التَّوَابِلِ) كَيَابِسِ الرُّمَانِ (أَوْ مِنَ الْأَقْوَاتِ) كَيَابِسِ الْعِنَبِ، فَالتَّوَابِلُ جَمْعُ التَّابِلِ بِفَتْحِ الْبَاءِ وَكَسْرِهَا، وَالْأَصْلُ فِي هَذَا أَنَّ اللَّفْظَ إِذَا أُطْلِقَ عَلَى أَفْرَادٍ فِي بَعْضِهَا دَلَالَةٌ عَلَى زِيَادَةِ مَعْنَى لَيْسَ فِي مَفْهُومِ اسْتِثْقَائِهِ لَمْ يَتَنَاوَلْهُ كَمَا تَقَدَّمَ فِي صُورَةِ التَّنْقِصَانِ فِي اللَّحْمِ.

(وَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْتِدِمُ فَكُلْتُ شَيْءٍ أَصْطَبِغَ بِهِ فَهُوَ إِدَامٌ وَالشَّوَاءُ لَيْسَ بِإِدَامٍ وَالْمَلِجُ إِدَامٌ،

وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: كُلُّ مَا يُؤْكَلُ مَعَ الْخُبْزِ غَالِبًا فَهُوَ إِدَامٌ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ لِأَنَّ الْإِدَامَ مِنَ الْمَوَادِّمَةِ وَهِيَ الْمُوَافَقَةُ وَكُلُّ مَا يُؤْكَلُ مَعَ الْخُبْزِ مُوَافِقٌ لَهُ كَاللَّحْمِ وَالْبَيْضِ وَنَحْوِهِ. وَلَهُمَا أَنَّ الْإِدَامَ مَا يُؤْكَلُ تَبَعًا، وَالتَّبَعِيَّةُ فِي الْإِخْتِلَاطِ حَقِيقَةٌ لِيَكُونَ قَائِمًا بِهِ، وَفِي الْأَيُّكَلِ عَلَى الْإِنْفِرَادِ حُكْمًا، وَتَمَامُ الْمُوَافَقَةِ فِي الْإِمْتِزَاجِ أَيْضًا، وَالْخَلُّ وَغَيْرُهُ مِنَ الْمَائِعَاتِ لَا يُؤْكَلُ وَحْدَهُ بَلْ يُشْرَبُ، وَالْمِلْحُ لَا يُؤْكَلُ بِإِنْفِرَادِهِ عَادَةً وَلَئِنَّهُ يَذُوبُ فَيَكُونُ تَبَعًا، بِخِلَافِ اللَّحْمِ وَمَا يُضَاهِيهِ لِأَنَّهُ يُؤْكَلُ وَحْدَهُ إِلَّا أَنْ يَنْوِيَهُ لِمَا فِيهِ مِنَ التَّشْدِيدِ، وَالْعَنْبُ وَالْبَطِيخُ لَيْسَا بِإِدَامٍ هُوَ الصَّحِيحُ.

الشرح:

قَالَ (وَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْتِدُمُ فَكُلُّ شَيْءٍ أَصْطَبَغَ بِهِ) اصْطَبَغَ عَلَى بِنَاءِ الْمَفْعُولِ كَذَا كَانَ مُقِيدًا بِخَطِّ الثَّقَاتِ وَهُوَ أَفْتَعِلَ مِنَ الصَّبْغِ، وَيُقَالُ أَصْطَبَغَ بِالْخَلِّ وَفِي الْخَلِّ وَلَا يُقَالُ اصْطَبَغَ الْخُبْزُ بِالْخَلِّ (وَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْتِدُمُ) أَيُّ لَا يَأْكُلُ إِذَا مَا (فَكُلُّ شَيْءٍ أَصْطَبَغَ بِهِ فَهُوَ إِدَامٌ) وَلَا يَنْعَكِسُ فَالْخَلُّ وَالزَّيْتُ وَاللَّبَنُ وَالْمِلْحُ وَالزُّبْدُ إِدَامٌ، وَالشُّوَاءُ لَيْسَ بِإِدَامٍ (وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ) فِي رِوَايَةِ الْأَصْلِ (وَقَالَ مُحَمَّدٌ: مَا يُؤْكَلُ مَعَ الْخُبْزِ غَالِبًا فَهُوَ إِدَامٌ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ).

وَحَاصِلُ ذَلِكَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ: مَا يُصْطَبَغُ بِهِ فَهُوَ إِدَامٌ بِالِاتِّفَاقِ، وَالْبَطِيخُ وَالْعَنْبُ وَالتَّمْرُ وَأَمْثَالُهَا مِمَّا يُؤْكَلُ وَحْدَهُ غَالِبًا لَيْسَ بِإِدَامٍ بِالِاتِّفَاقِ. وَفِي الْبَيْضِ وَاللَّحْمِ وَالْجُبْنِ اخْتِلَافٌ، جَعَلَهَا مُحَمَّدٌ إِذَا مَا خِلَافًا لَهَا. لِمُحَمَّدٍ أَنَّ الْإِدَامَ مِنَ الْمَوَادِّمَةِ وَهِيَ الْمُوَافَقَةُ وَكُلُّ مَا يُؤْكَلُ مَعَ الْخُبْزِ مُوَافِقٌ لَهُ كَاللَّحْمِ وَالْبَيْضِ وَنَحْوِهِ. وَلَهُمَا أَنَّ الْإِدَامَ مَا يُؤْكَلُ تَبَعًا فِي الْعُرْفِ وَالْعَادَةِ. وَالتَّبَعِيَّةُ عَلَى تَوْعِينٍ: حَقِيقَةٌ وَذَلِكَ فِي الْإِخْتِلَاطِ لَتَكُونَ قَائِمَةً بِهِ. وَحُكْمِيَّةٌ وَهِيَ أَنْ لَا تُؤْكَلُ عَلَى الْإِنْفِرَادِ، وَاللَّحْمُ لَا يَخْتَلِطُ فَلَا يَكُونُ تَبَعًا حَقِيقَةً وَيُؤْكَلُ مُتَفَرِّدًا فَلَا يَكُونُ تَبَعًا حُكْمًا فَلَا يَكُونُ إِذَا مَا. وَقَوْلُهُ (وَتَمَامُ الْمُوَافَقَةِ بِالِإِمْتِزَاجِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ لِأَنَّ الْإِدَامَ مِنَ الْمَوَادِّمَةِ: يَعْنِي سَلَمَنَاهُ وَلَكِنْ الْمَوَادِّمَةُ الثَّامَّةُ الْكَامِلَةُ فِي الْإِمْتِزَاجِ أَيْضًا وَلَمْ تُوجَدْ فِي هَذِهِ الْأَشْيَاءِ إِلَّا أَنْ يَنْوِيَهُ لِمَا فِيهِ مِنَ التَّشْدِيدِ، بِخِلَافِ الْخَلِّ وَغَيْرِهِ مِنَ الْمَائِعَاتِ فَإِنَّهَا لَا تُؤْكَلُ وَحْدَهَا بَلْ تُشْرَبُ وَالْمِلْحُ لَا يُؤْكَلُ وَحْدَهُ وَيَذُوبُ فَيَتَّبَعُ فَكَانَ إِذَا مَا (وَالْعَنْبُ وَالْبَطِيخُ لَيْسَا بِإِدَامٍ) يَعْنِي بِالِاتِّفَاقِ لِمَا ذَكَرْنَا

(هُوَ الصَّحِيحُ) كَذَا ذَكَرَ شَمْسُ الْأُئِمَّةِ السَّرَخْسِيُّ. وَقَالَ بَعْضُ مَشَايخِنَا: إِنَّهُ عَلَى هَذَا الْاِخْتِلَافِ.

(وَإِذَا حَلَفَ لَا يَتَعَدَّى فَالْغَدَاءُ الْأَكْلُ مِنْ طُلُوعِ الْفَجْرِ إِلَى الظُّهْرِ وَالْعِشَاءِ مِنْ صَلَاةِ الظُّهْرِ إِلَى نِصْفِ اللَّيْلِ) لِأَنَّ مَا بَعْدَ الزَّوَالِ يُسَمَّى عِشَاءً وَلِهَذَا تُسَمَّى الظُّهْرُ إِحْدَى صَلَاتَيِ الْعِشَاءِ فِي الْحَدِيثِ (وَالسُّحُورُ مِنْ نِصْفِ اللَّيْلِ إِلَى طُلُوعِ الْفَجْرِ) لِأَنَّهُ مَاخُوذٌ مِنَ السَّحَرِ وَيُطْلَقُ عَلَى مَا يَقْرُبُ مِنْهُ. ثُمَّ الْغَدَاءُ وَالْعِشَاءُ مَا يُقْصَدُ بِهِ الشَّبْعُ عَادَةً وَتُعْتَبَرُ عَادَةُ أَهْلِ كُلِّ بَلَدَةٍ فِي حَقِّهِمْ، وَيُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ أَكْثَرُ مِنْ نِصْفِ الشَّبْعِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا حَلَفَ لَا يَتَعَدَّى فَالْغَدَاءُ الْأَكْلُ مِنْ طُلُوعِ الْفَجْرِ إِلَى الظُّهْرِ) قَالَ فِي النَّهَائَةِ: هَذَا تَوْسُّعٌ فِي الْعِبَارَةِ، وَمَعْنَاهُ أَكْلُ الْغَدَاءِ وَالْعِشَاءِ وَالسُّحُورِ عَلَى حَذْفِ الْمُضَافِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْغَدَاءَ اسْمٌ لَطْعَامِ الْعَدَاةِ لَا اسْمٌ أَكْلٍ. وَقَوْلُهُ (وَلِهَذَا تُسَمَّى الظُّهْرُ إِحْدَى صَلَاتَيِ الْعِشَاءِ فِي الْحَدِيثِ) ذَكَرَ فِي الْإِيضَاحِ فِي بَابِ الْحَلْفِ عَلَى الْغَدَاءِ فَقَالَ فَإِنَّهُ وَرَدَ فِي الْحَدِيثِ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ إِحْدَى صَلَاتَيِ الْعِشَاءِ رَكَعَتَيْنِ» يُرِيدُ بِهِ الرَّأْيُ الظُّهْرَ أَوْ الْعَصْرَ. وَقَوْلُهُ (وَتُعْتَبَرُ عَادَةُ أَهْلِ كُلِّ بَلَدٍ فِي حَقِّهِمْ) يَعْنِي إِنْ كَانَتْ خُبْرًا فَخُبْرًا، وَإِنْ كَانَتْ لِحِمَا فَلِحِمٍّ، حَتَّى أَنْ الْحَضَرِيِّ إِذَا حَلَفَ عَلَى تَرْكِ الْغَدَاءِ فَشَرِبَ اللَّبَنَ لَمْ يَحْتَسِبْ، وَالْبَدَوِيُّ بِخِلَافِهِ، لِأَنَّهُ غَدَاءٌ فِي الْبَادِيَةِ. وَقَوْلُهُ (وَيُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ أَكْثَرُ مِنْ نِصْفِ الشَّبْعِ) رَوَاهُ الْمُعَلَّى عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَهُوَ صَحِيحٌ لِأَنَّ مَنْ أَكَلَ لُقْمَةً أَوْ لُقْمَتَيْنِ بَصَحَ أَنْ يَقُولَ مَا تَعَدَّيْتُ وَمَا تَعَشَّيْتُ.

(وَمَنْ قَالَ إِنْ لَبِستَ أَوْ أَكَلْتَ أَوْ شَرِبْتَ فَعَبْدِي حُرٌّ، وَقَالَ عَنَيْتَ شَيْئًا دُونَ شَيْءٍ لَمْ يُدَنَّ فِي الْقَضَاءِ وَغَيْرِهِ) لِأَنَّ النِّيَّةَ إِنَّمَا تَصِحُّ فِي الْمَلْفُوظِ وَالتَّوْبِ وَمَا يُضَاهِيهِ غَيْرُ مَذْكُورٍ تَنْصِيصًا وَالْمَقْتَضَى لَا عُمُومَ لَهُ فَلَعَنَ نِيَّةَ التَّخْصِيصِ فِيهِ (وَإِنْ قَالَ إِنْ لَبِستَ ثَوْبًا أَوْ أَكَلْتَ طَعَامًا أَوْ شَرِبْتَ شَرَابًا لَمْ يُدَنَّ فِي الْقَضَاءِ خَاصَّةً) لِأَنَّهُ نَكِرَةٌ فِي مَحَلِّ الشَّرْطِ فَتَعَمُّ فَعُمِلَتْ نِيَّةُ التَّخْصِيصِ فِيهِ إِلَّا أَنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ فَلَا يَدِينُ فِي الْقَضَاءِ.

الشرح:

(وَمَنْ قَالَ إِنْ أَكَلْتَ أَوْ شَرِبْتَ أَوْ لَبِستَ فَعَبْدِي حُرٌّ وَقَالَ عَنَيْتَ شَيْئًا دُونَ

شَيْءٍ لَمْ يَصْدُقْ قَضَاءُ) وَلَا دِيَانَةٌ (لَأَنَّ النَّيَّةَ إِنَّمَا تَصِحُّ فِي الْمَلْفُوظِ) لِأَنَّهَا لَتَعْيِينِ بَعْضِ مُحْتَمَلَاتِ اللَّفْظِ (وَالثُّبُوتُ وَمَا يُضَاهِيهِ غَيْرُ مَلْفُوظٍ) فَلَا تَصِحُّ نِيَّتُهُ. فَإِنْ قِيلَ: هَبْ أَنَّهُ غَيْرُ مَلْفُوظٍ تَنْصِيبًا أَلَيْسَ أَنَّهُ ثَابِتٌ مُقْتَضَى وَالْمُقْتَضَى كَالْمَلْفُوظِ؟ أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَالْمُقْتَضَى لَا عُمُومَ لَهُ فَلَعَتْ نِيَّةُ التَّخْصِيسِ فِيهِ).

فَإِنْ قِيلَ: الْمُقْتَضَى أَمْرٌ شَرْعِيٌّ وَافْتِقَارُ الْأَكْلِ إِلَى الطَّعَامِ لَيْسَ كَذَلِكَ لِأَنَّهُ يَعْرِفُهُ مَنْ لَمْ يَعْرِفِ الشَّرْعَ. قُلْنَا: يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْمُصَنَّفُ اخْتَارَ مَا اخْتَارَهُ بَعْضُ الْمُحَقِّقِينَ مِنْ أَنَّ الْمُقْتَضَى هُوَ الَّذِي لَا يَدُلُّ عَلَيْهِ اللَّفْظُ وَلَا يَكُونُ مَنْطُوقًا بِهِ، لَكِنْ يَكُونُ مِنْ ضَرُورَةِ اللَّفْظِ أَعْمٌ مِنْ أَنْ يَكُونَ شَرْعِيًّا أَوْ عَقْلِيًّا. فَإِنْ قِيلَ: سَلَمْنَا ذَلِكَ لَكِنْ مَا الْفَرْقُ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ مَا إِذَا قَالَ إِنْ خَرَجْتَ فَعَبْدِي حُرٌّ وَكَوَى السَّفَرُ فَإِنَّهُ يَصْدُقُ دِيَانَةٌ مَعَ أَنَّ السَّفَرَ أَوْ الْخُرُوجَ غَيْرُ مَذْكُورٍ لَفْظًا وَبَيْنَ مَا إِذَا حَلَفَ لَا يُسَاكِنُ فَلَانًا وَكَوَى بِهِ أَنْ لَا يُسَاكِنَهُ فِي بَيْتٍ وَاحِدٍ فَإِنَّ النَّيَّةَ صَحِيحَةٌ مَعَ أَنَّ الْمَسْكَنَ غَيْرُ مَذْكُورٍ لَفْظًا، حَتَّى لَوْ سَكَنَ مَعَهُ فِي الدَّارِ لَا يَحْتُثُ. أُجِيبَ بِأَنَّ الْأَوَّلَى مَمْنُوعَةٌ مَنَعَهَا الْقَضَاءُ الْأَرْبَعُ أَبُو هُشَيْمٍ وَأَبُو خَازِمٍ وَأَبُو طَاهِرٍ الدَّبَّاسُ وَالْقَاضِي الْقُمِّيُّ.

وَلَكِنْ سَلَّمَ فَقَوْلُهُ إِنْ خَرَجْتَ وَلَا يُسَاكِنُ فَعَلَانِ يَدُلَانِ عَلَى الْمَصْدَرِ لُغَةً، وَقَدْ وَقَعَ الثَّانِي فِي صَرِيحِ الثَّقَفِيِّ وَالْأَوَّلُ فِي مَعْنَاهُ فَتَنَاولَا بِعُمُومِهِمَا الْخُرُوجَ فِي السَّفَرِ وَالسَّكْنَ فَجَازَ تَخْصِصُهُمَا إِلَّا أَنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ فَلَا يَدِينُ فِي الْقَضَاءِ.

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَشْرَبُ مِنْ دِجْلَةٍ فَشَرِبَ مِنْهَا بِإِنَاءٍ لَمْ يَحْتُثْ) حَتَّى يَكْرَعَ مِنْهَا كَرَعًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَا: إِذَا شَرِبَ مِنْهَا بِإِنَاءٍ يَحْتُثْ لِأَنَّهُ مُتَعَارَفُ الْمَفْهُومِ. وَلَهُ أَنْ كَلِمَةً مِنَ التَّشْبِيعِ وَحَقِيقَتُهُ فِي الْكَرْعِ وَهِيَ مُسْتَعْمَلَةٌ، وَلِهَذَا يَحْتُثْ بِالْكَرْعِ إجماعًا فَمُنِعَتْ الْمَصِيرَ إِلَى الْمَجَازِ وَإِنْ كَانَ مُتَعَارَفًا.

الشرح:

وَمَنْ حَلَفَ لَا يَشْرَبُ مِنْ دِجْلَةٍ فَشَرِبَ مِنْهَا بِإِنَاءٍ لَمْ يَحْتُثْ حَتَّى يَكْرَعَ مِنْهَا كَرَعًا) أَيَّ حَتَّى يَضَعَ فَاهُ عَلَى دِجْلَةٍ بَعَيْنِهَا وَيَشْرَبُ يُقَالُ كَرَعَ فِي الْمَاءِ إِذَا مَدَّ عُنْقَهُ نَحْوَهُ لِيَشْرَبَ مِنْهُ وَمِنْهُ كَرِهَ عِكْرِمَةُ الْكَرْعَ فِي النَّهْرِ لِأَنَّهُ فَعَلُ الْبَهِيمَةِ تُدْخِلُ فِيهِ أَكْرَاعَهَا، وَالْكَرَاعُ مُسْتَدَقُّ السَّاقِ، وَهَذَا (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَا: إِذَا شَرِبَ

مِنْهَا بِإِنَاءٍ حَنْثٍ) وَمَبْنَاهُ عَلَى أَنَّ الْحَقِيقَةَ الْمُسْتَعْمَلَةَ أَوَّلَى مِنَ الْمَجَازِ الْمُتَعَارَفِ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا بِالْعَكْسِ، أَمَّا كَوْنُ الْمَجَازِ مُتَعَارَفًا فَظَاهِرٌ، فَإِنَّ الْمَفْهُومَ مِنْ قَوْلِهِمْ أَهْلُ فُلَانٍ يَشْرَبُونَ مِنْ دِجْلَةٍ أَنَّهُمْ يَشْرَبُونَ مِنْ مَائِهَا، وَأَمَّا أَنَّ الْحَقِيقَةَ مُسْتَعْمَلَةَ فَلَأَنَّ النَّاسَ يَكْرَهُونَ مِنَ الْأَنْهَارِ وَالْأَوْدِيَةِ، وَقَدْ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِقَوْمٍ نَزَلَ عَنْهُمْ «هَلْ عِنْدَكُمْ مَاءٌ بَاتَ فِي شَنْ، وَإِلَّا كَرَعْنَا» وَلِهَذَا إِذَا كَرَعَ حَنْثٌ بِالْإِجْمَاعِ. فَإِنْ قِيلَ: لَا تُسَلِّمُ أَنَّ الْحَنْثَ فِي الْكَرَعِ بِاعْتِبَارِ كَوْنِ الْحَقِيقَةِ مُسْتَعْمَلَةً بَلْ بِاعْتِبَارِ الْعَمَلِ بِعُمُومِ الْمَجَازِ كَمَا فِي قَوْلِهِ لَا يَضَعُ قَدَمَهُ فِي دَارِ فُلَانٍ فَحِينَئِذٍ يَجِبُ أَنْ يَحْنَثَ بِالشُّرْبِ بِالْإِنَاءِ وَغَيْرِهِ لِأَنَّ الْحُكْمَ فِي عُمُومِ الْمَجَازِ كَذَلِكَ. فَالْجَوَابُ أَنَّ الْمَصِيرَ إِلَى عُمُومِ الْمَجَازِ إِنْمَا يَكُونُ بَعْدَ تَعَذُّرِ الْحَقِيقَةِ أَوْ هِجْرَانِهَا، وَقَدْ دَلَّ الدَّلِيلُ عَلَى كَوْنِهَا مُسْتَعْمَلَةً فَلَا مَصِيرَ إِلَيْهِ. (وَإِنْ حَلَفَ لَا يَشْرَبُ مِنْ مَاءٍ دِجْلَةٍ فَشَرِبَ مِنْهَا بِإِنَاءٍ حَنْثٌ) لِأَنَّهُ بَعْدَ الْاعْتِرَافِ بَقِيَ مَنْسُوبًا إِلَيْهِ وَهُوَ الشَّرْطُ فَصَارَ كَمَا إِذَا شَرِبَ مِنْ مَاءٍ نَهَرَ يَأْخُذُ مِنْ دِجْلَةٍ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ حَلَفَ لَا يَشْرَبُ مِنْ مَاءٍ دِجْلَةٍ) ظَاهِرٌ.

(مَنْ قَالَ إِنْ لَمْ أَشْرَبِ الْمَاءَ الَّذِي فِي هَذَا الْكُوزِ الْيَوْمَ فَأَمْرًا طَالِقٌ وَلَيْسَ فِي الْكُوزِ مَاءٌ لَمْ يَحْنَثْ، فَإِنْ كَانَ فِيهِ مَاءٌ فَأَهْرِيْقَ قَبْلَ اللَّيْلِ لَمْ يَحْنَثْ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَحْنَثُ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ) يَعْنِي إِذَا مَضَى الْيَوْمُ، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ إِذَا كَانَ الْيَمِينُ بِاللَّهِ تَعَالَى. وَأَصْلُهُ أَنَّ مِنْ شَرْطِ انْعِقَادِ الْيَمِينِ وَبَقَائِهِ تَصَوُّرُ الْبِرِّ عِنْدَهُمَا خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ لِأَنَّ الْيَمِينِ إِنْمَا تُعْقَدُ لِلْبِرِّ فَلَا بُدَّ مِنْ تَصَوُّرِ الْبِرِّ لِيُمْكِنَ إِجْبَابُهُ. وَلَهُ أَنَّهُ أَمَكْنَ الْقَوْلُ بِانْعِقَادِهِ مُوجِبًا لِلْبِرِّ عَلَى وَجْهِ يَظْهَرُ فِي حَقِّ الْخَلْفِ وَهُوَ الْكَفَّارَةُ. فَلْنَا: لَا بُدَّ مِنْ تَصَوُّرِ الْأَصْلِ لِيَنْعَقِدَ فِي حَقِّ الْخَلْفِ وَلِهَذَا لَا يَنْعَقِدُ الْغَمُوسُ مُوجِبًا لِلْكَفَّارَةِ (وَلَوْ كَانَتْ الْيَمِينُ مُطْلَقَةً: فَفِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ لَا يَحْنَثُ عِنْدَهُمَا، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يَحْنَثُ فِي الْحَالِ، وَفِي الْوَجْهِ الثَّانِي يَحْنَثُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا) فَأَبُو يُوسُفَ فَرَّقَ بَيْنَ الْمُطْلَقِ وَالْمَوْقُوتِ. وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ التَّوَقُّيْتَ لِلتَّوَسُّعَةِ فَلَا يَجِبُ الْفِعْلُ إِلَّا فِي آخِرِ الْوَقْتِ فَلَا يَحْنَثُ قَبْلَهُ، وَفِي الْمُطْلَقِ يَجِبُ الْبِرُّ كَمَا فُرِغَ وَقَدْ عَجَزَ فَيَحْنَثُ فِي الْحَالِ وَهُمَا فَرْقًا بَيْنَهُمَا.

وَوَجْهَ الْفَرْقِ أَنَّ فِي الْمَطْلُوقِ يَجِبُ الْبَرُّ كَمَا فُرِغَ، فَإِذَا مَاتَ الْبَرُّ بِفَوَاتٍ مَا عُقِدَ عَلَيْهِ الْيَمِينُ يَحْنُثُ فِي يَمِينِهِ كَمَا إِذَا مَاتَ الْحَالِفُ وَالْمَاءُ بَاقٍ؛ أَمَّا فِي الْمُؤَقَّتِ فَيَجِبُ الْبَرُّ فِي الْجُزْءِ الْأَخِيرِ مِنَ الْوَقْتِ وَعِنْدَ ذَلِكَ لَمْ تَبْقَ مَحَلِّيَةُ الْبَرِّ لِعَدَمِ التَّصَوُّرِ فَلَا يَجِبُ الْبَرُّ فِيهِ فَتَبْطُلُ الْيَمِينُ كَمَا إِذَا عُقِدَ ابْتِدَاءً فِي هَذِهِ الْحَالَةِ.

الشرح:

قَالَ: (وَمَنْ قَالَ إِنَّ لَمْ أَشْرَبِ الْمَاءَ الَّذِي فِي هَذَا الْكُوزِ الْيَوْمَ فَاْمَرَأَتُهُ طَالِقٌ وَلَيْسَ فِي الْكُوزِ مَاءٌ لَمْ يَحْنُثْ) عَلِمَ عَدَمَ الْمَاءِ فِي الْكُوزِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ (فَإِنْ كَانَ فِيهِ مَاءٌ فَأَهْرِيْقَ قَبْلَ اللَّيْلِ لَمْ يَحْنُثْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَحْنُثُ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ أَيْ فِيمَا إِذَا كَانَ فِيهِ الْمَاءُ وَفِيمَا لَمْ يَكُنْ، وَمَا ذُكِرَ مِنَ الْوَجْهِ لِلْجَانِبَيْنِ فَوَاضِحٌ. وَاعْتَرَضَ عَلَى وَجْهِهِمَا بِأَنَّ الْبَرَّ مُتَّصِرٌ فِي صُورَةِ الْإِرَاقَةِ، لِأَنَّ إِعَادَةَ الْقَطْرَاتِ الْمِهْرَاقَةِ مُمَكِّنَةٌ فَكَانَ مُتَّصِرًا. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْبَرَّ إِنَّمَا يَجِبُ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ الْيَوْمِ بَحِثْ لَا يَسَعُ فِيهِ غَيْرُهُ فَلَا يُمَكِّنُ الْقَوْلُ فِيهِ بِإِعَادَةِ الْمَاءِ فِي الْكُوزِ وَشَرْبِهِ فِي ذَلِكَ الزَّمَانِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ كَانَتْ الْيَمِينُ مُطْلَقَةً) أَيْ عَنْ ذِكْرِ الْيَوْمِ (فَفِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ) يَعْنِي فِيمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي الْكُوزِ مَاءٌ (لَا يَحْنُثُ عِنْدَهُمَا، وَعِنْدَهُ يَحْنُثُ فِي الْحَالِ. وَفِي الْوَجْهِ الثَّانِي) وَهُوَ أَنْ يَكُونَ فِيهِ مَاءٌ فَأَهْرِيْقَ (يَحْنُثُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا. فَأَبُو يُوسُفَ فَرَّقَ) فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ وَهُوَ الَّذِي لَمْ يَكُنْ فِي الْكُوزِ مَاءٌ بَيْنَ الْمَطْلُوقِ عَنْ ذِكْرِ الْيَوْمِ وَبَيْنَ الْمُؤَقَّتِ بِهِ، فَقَالَ فِي الْمَطْلُوقِ إِنَّهُ يَحْنُثُ فِي الْحَالِ، وَفِي الْمُؤَقَّتِ حِنْثُهُ إِلَى آخِرِ الْيَوْمِ إِلَى غَيْبُوبَةِ الشَّمْسِ. وَوَجْهُهُ مَا ذُكِرَ أَنَّ التَّوَقُّيْتَ لِلتَّوَسُّعَةِ فَلَا يَجِبُ الْفِعْلُ إِلَّا فِي آخِرِ الْوَقْتِ فَلَا يَحْنُثُ قَبْلَهُ، وَهَذَا لِأَنَّ الْيَمِينَ مَتَى عُقِدَتْ عَلَى فِعْلٍ لَا يَمْتَدُّ مُؤَقَّتَةً بِوَقْتٍ مُمْتَدٍّ يَتَعَيَّنُ الْجُزْءُ الْأَخِيرُ لِلانْعِقَادِ لِأَنَّ الْوَقْتَ ظَرْفٌ لَهُ فَيَلْزَمُ فِي جُزْءٍ مِنْهُ وَيَتَعَيَّنُ آخِرُهُ، وَفِي الْمَطْلُوقِ يَجِبُ الْبَرُّ كَمَا فُرِغَ وَقَدْ عَجَزَ فَيَحْنُثُ فِي الْحَالِ، كَذَا فِي بَعْضِ الشُّرُوحِ.

وَقَالَ فِي النَّهَايَةِ: فَأَبُو يُوسُفَ فَرَّقَ بَيْنَ الْمَطْلُوقِ وَالْمُؤَقَّتِ: أَيْ فِي مَسْأَلَةِ الْوَجْهِ الثَّانِي وَهُوَ مَا إِذَا كَانَ فِي الْكُوزِ مَاءٌ فَأَهْرِيْقَ قَبْلَ اللَّيْلِ فَقَالَ فِي الْمَطْلُوقِ يَحْنُثُ حَالِ وَقْتُ الْإِرَاقَةِ مِنْ غَيْرِ تَوَقُّفٍ إِلَى اللَّيْلِ، وَفِي الْمُؤَقَّتِ لَا يَحْنُثُ فِي الْحَالِ بَلْ يَتَوَقَّفُ حِنْثُهُ

إِلَى آخِرِ الْيَوْمِ، وَهُمَا فَرَقًا بَيْنَ الْمُطْلَقِ وَالْمُؤَقَّتِ: يَعْنِي فِي هَذَا الْوَجْهِ عَلَى مَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ. وَأَشَارَ بِقَوْلِهِ كَمَا إِذَا مَاتَ الْحَالِفُ وَالْمَاءُ بَاقٍ إِلَى أَنْ بَقَاءَ الْمَحَلِّ شَرْطًا لِلْبَرِّ كَبَقَاءِ الْحَالِفِ، وَأَشَارَ بِقَوْلِهِ كَمَا إِذَا عَقَدَهُ ابْتِدَاءً فِي هَذِهِ الْحَالَةِ إِلَّا أَنْ وَجُودَ الْمَحَلِّ كَمَا هُوَ شَرْطٌ لَانْعِقَادِ الْيَمِينِ كَذَلِكَ لِبَقَائِهَا.

قَالَ: (وَمَنْ حَلَفَ لِيَصْعَدَنَّ السَّمَاءَ أَوْ لِيَقْلِبَنَ هَذَا الْحَجَرَ ذَهَبًا انْعَقَدَتْ يَمِينُهُ وَحِنْثٌ عَقِيبُهَا) وَقَالَ زُفَرٌ: لَا تَنْعَقِدُ لِأَنَّهُ مُسْتَحِيلٌ عَادَةً فَأَشْبَهَ الْمُسْتَحِيلَ حَقِيقَةً فَلَا يَنْعَقِدُ. وَلَنَا أَنَّ الْبِرَّ مُتَصَوِّرٌ حَقِيقَةً لِأَنَّ الصُّعُودَ إِلَى السَّمَاءِ مُمَكِّنٌ حَقِيقَةً، أَلَا تَرَى أَنَّ الْمَلَائِكَةَ يَصْعَدُونَ السَّمَاءَ وَكَذَا تَحَوُّلُ الْحَجَرِ ذَهَبًا بِتَحْوِيلِ اللَّهِ تَعَالَى، وَإِذَا كَانَ مُتَصَوِّرًا يَنْعَقِدُ الْيَمِينُ مُوجِبًا لَخُلْفِهِ ثُمَّ يَحْنُثُ بِحُكْمِ الْعَجْزِ الثَّابِتِ عَادَةً. كَمَا إِذَا مَاتَ الْحَالِفُ فَإِنَّهُ يَحْنُثُ مَعَ احْتِمَالِ إِعَادَةِ الْحَيَاةِ بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الْكُوزِ، لِأَنَّ شَرْبَ الْمَاءِ الَّذِي فِي الْكُوزِ وَهْتَ الْحَلْفِ وَلَا مَاءَ فِيهِ لَا يُتَصَوَّرُ فَلَمْ يَنْعَقِدْ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ حَلَفَ لِيَصْعَدَنَّ السَّمَاءَ) عَلَى مَا ذَكَرَهُ ظَاهِرٌ. وَاعْتَرَضَ بِأَنَّهُ تَصَوُّرُ الْبَرِّ لَوْ كَانَ كَافِيًا فِي خَلْفِيَّةِ الْكُفَّارَةِ لَوَجِبَتْ فِي الْعُمُوسِ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَادِرٌ عَلَى إِعَادَةِ الزَّمَانِ الْمَاضِي وَقَدْ فَعَلَهَا لِسُلَيْمَانَ ﷺ وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ تَصَوُّرُ الْبَرِّ فِي الْعُمُوسِ بِأَنَّهُ يَجْعَلُ الْفِعْلَ الَّذِي لَمْ يَوْجَدْ مَوْجُودًا مِنْهُ وَهُوَ مُسْتَحِيلٌ. وَقَوْلُهُ (وَأَنَّ كَانَ مُتَصَوِّرًا يَنْعَقِدُ الْيَمِينُ) إِمَّا كَانَ كَذَلِكَ لِأَنَّ إِجَابَ الْعَبْدِ مُعْتَبَرٌ بِإِجَابِ اللَّهِ تَعَالَى فَإِجَابُ اللَّهِ تَعَالَى يَعْتَمِدُ التَّصَوُّرَ دُونَ الْقُدْرَةِ فِيمَا لَهُ حَلْفٌ أَلَا تَرَى أَنَّ الصَّوْمَ وَاجِبٌ عَلَى الشَّيْخِ الْفَانِي وَلَمْ تَكُنْ لَهُ قُدْرَةٌ لِمَكَانِ التَّصَوُّرِ وَالْحَلْفِ وَكَذَلِكَ هَهُنَا حِنْثٌ عَقِيبٌ وَجُوبُ الْبَرِّ فَوَجِبَتْ الْكُفَّارَةُ لِلْعَجْزِ الثَّابِتِ عَادَةً كَمَا وَجِبَتْ الْفِدْيَةُ هُنَاكَ عَقِيبَ وَجُوبِ الصَّوْمِ.

بَابُ الْيَمِينِ فِي الْكَلَامِ

قَالَ: (وَمَنْ حَلَفَ لَا يَكْلَمُ فَلَنَا فِكْلَمَهُ وَهُوَ بِحَيْثُ يَسْمَعُ إِلَّا أَنَّهُ نَائِمٌ حِنْثٌ) لِأَنَّهُ قَدْ كَلَمَهُ وَوَصَلَ إِلَى سَمْعِهِ لَكِنَّهُ لَمْ يَفْهَمْ لِنُومِهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا نَادَاهُ وَهُوَ بِحَيْثُ يَسْمَعُ لَكِنَّهُ لَمْ يَفْهَمْ لَتَغَافُلِهِ. وَفِي بَعْضِ رَوَايَاتِ الْمَبْسُوطِ شَرْطٌ أَنْ يُوقِظَهُ، وَعَلَيْهِ عَامَّةٌ مَشَايِخُنَا، لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَتَنَبَّهُ كَانَ كَمَا إِذَا نَادَاهُ مِنْ بَعِيدٍ وَهُوَ بِحَيْثُ لَا يَسْمَعُ صَوْتَهُ.

الشرح:

(بَابُ الْيَمِينِ فِي الْكَلَامِ): لَمَّا ذَكَرَ بَيَانَ أَيْمَانِ السُّكْنَى وَالْدُّخُولِ وَالْخُرُوجِ وَالْأَكْلِ وَالشُّرْبِ لِلْمَعْنَى الَّذِي ذَكَرْنَا شَرَعَ فِي بَيَانِ الْفِعْلِ الْجَامِعِ الَّذِي يَسْتَتْبِعُ الْأَبْوَابَ الْمُتَفَرِّقَةَ وَهُوَ الْكَلَامُ؛ إِذِ الْيَمِينُ فِي الْعَتَقِ وَالطَّلَاقِ وَالْبَيْعِ وَالشَّرَاءِ وَالْيَمِينُ فِي الْحَجِّ وَالصَّلَاةِ وَالصَّوْمِ مِنْ أَنْوَاعِ الْكَلَامِ، فَذَكَرُ الْجِنْسَ مُقَدِّمًا عَلَى ذِكْرِ التَّنَوُّعِ (وَمَنْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُ فَلَانًا فَكَلِمَةُ وَهُوَ بَحِثُ يَسْمَعُ إِلَّا أَنَّهُ نَائِمٌ حَتَّى) نَقَلَ صَاحِبُ النِّهَايَةِ عَنْ شَيْخِ الْإِسْلَامِ أَنَّ التَّكْلِيمَ عِبَارَةٌ عَنْ إِسْمَاعِ كَلَامِهِ كَمَا فِي تَكْلِيمِ نَفْسِهِ فَإِنَّهُ عِبَارَةٌ عَنْ إِسْمَاعِ نَفْسِهِ، إِلَّا أَنَّ إِسْمَاعَ الْغَيْرِ أَمْرٌ بَاطِنٌ لَا يُوقَفُ عَلَيْهِ فَأَقِيمَ السَّبَبَ الْمُؤَدِّيَ إِلَيْهِ مَقَامَهُ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ بَحِثُ لَوْ أَصْعَى إِلَيْهِ أَذُنُهُ وَلَمْ يَكُنْ بِهِ مَانِعٌ مِنَ السَّمَاعِ لَسَمِعَ وَدَارَ الْحُكْمَ مَعَهُ وَسَقَطَ اعْتِبَارُ حَقِيقَةِ الْإِسْمَاعِ، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (لَتَعَاْفَلَهُ) أَيُّ لَعَفَلْتَهُ. وَقَوْلُهُ (وَفِي بَعْضِ رَوَايَاتِ الْمُبْسُوطِ) يُرِيدُ مَا رَوَى فِي رِوَايَةِ فَنَادَاهُ وَأَيَقِظُهُ يَحْنَثُ فِيهِ، وَهَذِهِ الرِّوَايَةُ تُشِيرُ إِلَى اشْتِرَاطِ الْإِيقَاطِ لِلْحَنْثِ. وَذَكَرَ فِي بَعْضِ الرِّوَايَاتِ فَنَادَاهُ أَوْ أَيَقِظُهُ، وَهَذِهِ تُدَلُّ عَلَى أَنَّهُ مَتَى نَادَاهُ بَحِثُ لَوْ كَانَ يَفْظَانُ لَسَمِعَ صَوْتَهُ حَتَّى وَإِنْ لَمْ يُوقِظْهُ. وَقَالَ شَمْسُ الْأَيْمَةِ السَّرْحَسِيُّ وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ لَا يَحْنَثُ. وَإِلَيْهِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ وَعَلَيْهِ مَشَايِخُنَا، وَالْوَجْهُ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ.

(وَلَوْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُهُ إِلَّا بِإِذْنِهِ فَأَذِنَ لَهُ وَلَمْ يَعْلَمْ بِالْإِذْنِ حَتَّى كَلِمَةُ حَتَّى) لِأَنَّ الْإِذْنَ مُسْتَقٌّ مِنَ الْأَذَانِ الَّذِي هُوَ الْإِعْلَامُ، أَوْ مِنَ الْوُقُوعِ فِي الْإِذْنِ، وَكُلُّ ذَلِكَ لَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا بِالسَّمَاعِ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا يَحْنَثُ لِأَنَّ الْإِذْنَ هُوَ الْإِطْلَاقُ، وَأَنَّهُ يَتِمُّ بِالْإِذْنِ كَالرِّضَا. قُلْنَا: الرِّضَا مِنْ أَعْمَالِ الْقَلْبِ، وَلَا كَذَلِكَ الْإِذْنُ عَلَى مَا مَرَّ.

الشرح:

وَلَوْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُهُ إِلَّا بِإِذْنِهِ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَأَنَّهُ يَتِمُّ بِالْإِذْنِ كَالرِّضَا) يَعْنِي أَنَّهُ إِذَا حَلَفَ لَا يُكَلِّمُهُ إِلَّا بِرِضَاهُ فَرَضِي الْمَحْلُوفِ عَلَيْهِ بِالْإِسْتِنَاءِ وَلَمْ يَعْلَمْ الْحَالِفُ فَكَلِمَةُ لَا يَحْنَثُ لَمَّا أَنَّ الرِّضَا يَتِمُّ بِالرَّاضِي، فَكَذَلِكَ الْإِذْنُ يَتِمُّ بِالْإِذْنِ. قُلْنَا: الرِّضَا مِنْ أَعْمَالِ الْقَلْبِ فَيَتِمُّ بِالرَّاضِي وَلَا كَذَلِكَ الْإِذْنُ عَلَى مَا مَرَّ أَنَّهُ إِذَا كَانَ مِنَ الْأَذَانِ الَّذِي هُوَ الْإِعْلَامُ، أَوْ مِنَ الْوُقُوعِ فِي الْإِذْنِ وَذَلِكَ يَقْتَضِي السَّمَاعَ وَلَمْ يُوجَدْ. وَاعْتَرِضَ بِأَنَّهُ لَوْ كَانَ

كَذَلِكَ لَمَّا صَارَ الْعَبْدُ مَأْذُونًا إِذَا أُذِنَ لَهُ مَوْلَاهُ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ لَكِنَّهُ يَصِيرُ مَأْذُونًا فَلَمْ يَكُنْ
 الْإِذْنَ مُحْتَاجًا إِلَى الْوُقُوعِ فِي الْإِذْنِ. وَأُجِيبَ بَأَنَّ الْإِذْنَ هَذَا فَكُ الْحَجَرِ فِي حَقِّ الْعَبْدِ
 وَالْعَبْدُ يَتَصَرَّفُ بِأَهْلِيَّةِ نَفْسِهِ وَمَالِكِيَّتِهِ فَيَنْبُتُ بِمُجَرَّدِ الْإِذْنِ، وَأَمَّا فِي الْيَمِينِ فَلَمَّا حَرَّمَ
 كَلَامَهُ بِالْيَمِينِ إِلَّا عِنْدَ الْإِذْنِ صَارَ الْإِذْنُ مُنْتَبِأً لِإِبَاحَةِ الْكَلَامِ لِلْحَالِفِ فَلَا بُدَّ مِنَ الْإِعْلَامِ
 بِذَلِكَ وَهُوَ مَبْنِيٌّ عَلَى تَخْصِيصِ الْعِلَةِ وَأَمْرُهُ وَاضِحٌ عِنْدَ الْأُصُولِيِّ.

(وَلَوْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُهُ إِلَّا بِإِذْنِهِ فَأَذِنَ لَهُ وَلَمْ يَعْلَمْ بِالْإِذْنِ حَتَّى كَلَّمَهُ حَنِثٌ) لِأَنَّ
 الْإِذْنَ مُشْتَقٌّ مِنَ الْأَذَانِ الَّذِي هُوَ الْإِعْلَامُ، أَوْ مِنَ الْوُقُوعِ فِي الْإِذْنِ، وَكُلُّ ذَلِكَ لَا يَتَحَقَّقُ
 إِلَّا بِالسَّمَاعِ، وَقَالَ أَبُو يُونُسَ: لَا يَحْنُثُ لِأَنَّ الْإِذْنَ هُوَ الْإِطْلَاقُ، وَأَنَّهُ يَتِمُّ بِالْإِذْنِ كَالرَّضَا.
 قُلْنَا: الرِّضَا مِنَ أَعْمَالِ الْقَلْبِ، وَلَا كَذَلِكَ الْإِذْنُ عَلَى مَا مَرَّ.

الشرح:

وَلَوْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُهُ إِلَّا بِإِذْنِهِ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَأَنَّهُ يَتِمُّ بِالْإِذْنِ كَالرَّضَا) يَعْنِي أَنَّهُ
 إِذَا حَلَفَ لَا يُكَلِّمُهُ إِلَّا بِرِضَاةِ فَرَضِيِ الْمُخْلُوفِ عَلَيْهِ بِالِاسْتِثْنَاءِ وَلَمْ يَعْلَمْ الْحَالِفُ فَكَلَّمَهُ
 لَا يَحْنُثُ لَمَّا أَنَّ الرِّضَا يَتِمُّ بِالرَّاضِي، فَكَذَلِكَ الْإِذْنُ يَتِمُّ بِالْإِذْنِ.

قُلْنَا: الرِّضَا مِنَ أَعْمَالِ الْقَلْبِ فَيَتِمُّ بِالرَّاضِي وَلَا كَذَلِكَ الْإِذْنُ عَلَى مَا مَرَّ أَنَّهُ إِمَّا
 مِنَ الْأَذَانِ الَّذِي هُوَ الْإِعْلَامُ، أَوْ مِنَ الْوُقُوعِ فِي الْإِذْنِ وَذَلِكَ يَقْتَضِي السَّمَاعَ وَلَمْ
 يُوجَدْ. وَاعْتَرَضَ بَأَنَّهُ لَوْ كَانَ كَذَلِكَ لَمَّا صَارَ الْعَبْدُ مَأْذُونًا إِذَا أُذِنَ لَهُ مَوْلَاهُ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ
 لَكِنَّهُ يَصِيرُ مَأْذُونًا فَلَمْ يَكُنْ الْإِذْنَ مُحْتَاجًا إِلَى الْوُقُوعِ فِي الْإِذْنِ.

وَأُجِيبَ بَأَنَّ الْإِذْنَ هَذَا فَكُ الْحَجَرِ فِي حَقِّ الْعَبْدِ وَالْعَبْدُ يَتَصَرَّفُ بِأَهْلِيَّةِ نَفْسِهِ
 وَمَالِكِيَّتِهِ فَيَنْبُتُ بِمُجَرَّدِ الْإِذْنِ، وَأَمَّا فِي الْيَمِينِ فَلَمَّا حَرَّمَ كَلَامَهُ بِالْيَمِينِ إِلَّا عِنْدَ الْإِذْنِ
 صَارَ الْإِذْنُ مُنْتَبِأً لِإِبَاحَةِ الْكَلَامِ لِلْحَالِفِ فَلَا بُدَّ مِنَ الْإِعْلَامِ بِذَلِكَ وَهُوَ مَبْنِيٌّ عَلَى
 تَخْصِيصِ الْعِلَةِ وَأَمْرُهُ وَاضِحٌ عِنْدَ الْأُصُولِيِّ.

قَالَ (وَإِنْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُهُ شَهْرًا فَهُوَ مِنْ حِينَ حَلَفَ) لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَذْكُرِ الشَّهْرَ لَتَأَبَّدَ
 الْيَمِينُ فَذَكَرَ الشَّهْرَ لِإِخْرَاجِ مَا وَرَاءَهُ فَبَقِيَ الَّذِي يَلِي يَمِينَهُ دَخَلَ عَمَلًا بِدَلَالَةِ حَالِهِ،
 بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ وَاللَّهِ لِأَصُومَنْ شَهْرًا لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَذْكُرِ الشَّهْرَ لَمْ تَتَأَبَّدِ الْيَمِينُ فَكَانَ
 ذِكْرُهُ لَتَقْدِيرِ الصَّوْمِ بِهِ وَأَنَّهُ مُنْكَرٌ فَالْتَّعْيِينُ إِلَيْهِ.

الشرح:

(وَإِنْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُهُ شَهْرًا فَهُوَ مِنْ حِينَ حَلَفَ لِأَنَّهُ لَمْ يَذْكُرِ الشَّهْرَ لِتَأْبُدِ الْيَمِينَ) لِأَنَّ مَا يَلِي الْيَمِينَ صَالِحٌ لِمَحَلَّةِ الْبَرِّ: أَيُّ جُزْءٍ كَانَ مِنْ أَجْزَاءِ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ وَقَعَتِ التَّكْرَةُ فِي سِيَاقِ النَّفْيِ كَانَ الْيَمِينُ مُؤَبَّدًا فَذَكَرَ الشَّهْرَ لِإِخْرَاجِ مَا وَرَاءَهُ عَمَلًا بِدَلَالَةِ الْحَالِ وَهِيَ الْعَيْطُ الَّذِي لِحَقُّهُ فِي الْحَالِ، بِخِلَافِ مَا لَوْ قَالَ وَاللَّهِ لَأَصُومَنَّ شَهْرًا لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَذْكُرِ الشَّهْرَ لَمْ تَتَأَبَّدِ الْيَمِينُ، إِمَّا لِأَنَّهُ تَكْرَةُ فِي سِيَاقِ الْإِثْبَاتِ، وَإِمَّا لِأَنَّ الصَّوْمَ غَيْرُ صَالِحٍ لِلتَّأْيِيدِ لِتَخُلُّلِ الْأَوْقَاتِ الَّتِي لَا تُصَلِّحُ أَنْ تَكُونَ مَحَلًّا لِلصَّوْمِ، فَكَانَ ذِكْرُهُ لِتَقْدِيرِ الصَّوْمِ وَأَنَّهُ مُنْكَرٌ فَالْيَمِينُ تُعِينُهُ.

(وَإِنْ حَلَفَ لَا يَتَكَلَّمُ فَقَرَأَ الْقُرْآنَ فِي صَلَاتِهِ لَا يَحْنَثُ. وَإِنْ قَرَأَ فِي غَيْرِ صَلَاتِهِ حَنَثَ) وَعَلَى هَذَا التَّسْبِيحُ وَالتَّهْلِيلُ وَالتَّكْبِيرُ، وَفِي الْقِيَاسِ يَحْنَثُ فِيهِمَا وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ لِأَنَّهُ كَلَامٌ حَقِيقَةٌ. وَلَنَا أَنَّهُ فِي الصَّلَاةِ لَيْسَ بِكَلَامٍ عُرْفًا وَلَا شَرْعًا، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «إِنَّ صَلَاتَنَا هَذِهِ لَا يَصْلُحُ فِيهَا شَيْءٌ مِنْ كَلَامِ النَّاسِ»^(١) وَقِيلَ فِي عُرْفِنَا لَا يَحْنَثُ فِي غَيْرِ الصَّلَاةِ أَيْضًا لِأَنَّهُ لَا يُسَمَّى مُتَكَلِّمًا بَلْ قَارِنًا وَمُسَبِّحًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ حَلَفَ لَا يَتَكَلَّمُ فَقَرَأَ الْقُرْآنَ) ظَاهِرٌ.

(وَلَوْ قَالَ يَوْمٌ أَكَلْتُ فَلَانًا فَأَمْرَاتُهُ طَالِقٌ فَهُوَ عَلَى اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ) لِأَنَّ اسْمَ الْيَوْمِ إِذَا قُرِنَ بِفِعْلٍ لَا يَمْتَدُّ يُرَادُ بِهِ مُطْلَقُ الْوَقْتِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَمَنْ يُؤْلَمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُ﴾ [الأنفال: ١٦]، وَالْكَلَامُ لَا يَمْتَدُّ (وَإِنْ عَنِ النَّهَارِ خَاصَّةً دِينَ فِي الْقَضَاءِ) لِأَنَّهُ مُسْتَعْمَلٌ فِيهِ أَيْضًا. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يَدِينُ فِي الْقَضَاءِ لِأَنَّهُ خِلَافُ الْمُتَعَارَفِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ قَالَ يَوْمٌ أَكَلْتُ فَلَانًا) هَاهُنَا ثَلَاثُ عِبَارَاتٍ نَهَارٌ أَكَلْتُ فَلَانًا وَلَيْلَةٌ أَكَلْتُ فَلَانًا وَيَوْمٌ أَكَلْتُ فَلَانًا، فَالْأُولَى لِبَيَاضِ النَّهَارِ خَاصَّةً. فَلَوْ كَلَّمَهُ لَيْلًا لَمْ يَحْنَثْ. وَالثَّانِيَةُ لِسَوَادِهِ خَاصَّةً، فَلَوْ كَلَّمَهُ نَهَارًا لَمْ يَحْنَثْ. وَمَا جَاءَ اسْتِعْمَالُهُ فِي مُطْلَقِ الْوَقْتِ وَمَا جَاءَ فِي قَوْلِ الشَّاعِرِ:

وَكُنَّا حَسْبَنَا كُلَّ سَوْدَاءَ ثَمَرَةٍ لِيَالِي لَاقَيْنَا جُذَامًا وَحَمِيرًا

مُرَادًا بِهِ الْوَقْتُ فَلَيْسَ مِمَّا نَحْنُ فِيهِ لِأَنَّ كَلَامَنَا فِيْمَا ذَكَرَ بِلَفْظِ الْمَفْرَدِ وَمَا فِي الشَّعْرِ بِلَفْظِ الْجَمْعِ، وَذَكَرُ أَحَدِ الْعَدَدَيْنِ بِعِبَارَةِ الْجَمْعِ يَقْتَضِي دُخُولَ مَا بِإِزَائِهِ مِنَ الْعَدَدِ الْآخَرِ وَذَلِكَ أَصْلُ آخَرُ غَيْرُ مَا نَحْنُ فِيهِ. وَالثَّلَاثَةُ يُعْتَبَرُ بِمَا قُرْنَ بِهِ، إِنْ قُرْنُ بِفِعْلٍ لَا يَمْتَدُّ يُرَادُ بِهِ مُطْلَقُ الْوَقْتِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَمَنْ يُؤْلِهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبرُهُ﴾ وَالْكَلَامُ مِمَّا لَا يَمْتَدُّ، وَإِنْ قُرْنُ بِهِ مَا يَمْتَدُّ كَالصَّوْمِ يُرَادُ بِيَاضِ النَّهَارِ، وَالبَحْثُ فِيهِ وَطِيفَةُ أَصُولِيَّةٍ، وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي التَّقْرِيرِ، فَإِنْ عَنَى فِي قَوْلِهِ يَوْمَ أَكَلِمَ فَلَانَا النَّهَارَ خَاصَّةً صَدَقَ فِي الْقَضَاءِ لِأَنَّهُ مُسْتَعْمَلٌ فِيهِ أَيْضًا قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ﴾ [الجمعة: ٩] وَالْمُرَادُ بِهِ بِيَاضِ النَّهَارِ.

(وَلَوْ قَالَ ثَلَاثَةً لَمَثَلْنَا فَهُوَ عَلَى اللَّيْلِ خَاصَّةً) لِأَنَّهُ حَقِيقَةٌ فِي سَوَادِ اللَّيْلِ كَالنَّهَارِ لِلْبَيَاضِ خَاصَّةً، وَمَا جَاءَ اسْتِعْمَالُهُ فِي مُطْلَقِ الْوَقْتِ (وَلَوْ قَالَ إِنْ كَلِمَتَ فَلَانًا إِلَّا أَنْ يَقْدَمَ فَلَانٌ أَوْ قَالَ حَتَّى يَقْدَمَ فَلَانٌ أَوْ قَالَ إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ فَلَانٌ أَوْ حَتَّى يَأْذَنَ فَلَانٌ) فَامْرَأَتُهُ طَالِقٌ فَكَلِمَتُهُ قَبْلَ الْقُدُومِ وَالْإِذْنِ حَبْثٌ، وَلَوْ كَلِمَتُهُ بَعْدَ الْقُدُومِ وَالْإِذْنِ لَمْ يَحْبَثْ لِأَنَّهُ غَايَةٌ وَالْيَمِينُ بَاقِيَةٌ قَبْلَ الْغَايَةِ وَمُنْتَهِيَةٌ بَعْدَهَا فَلَا يَحْبَثُ بِالكَلَامِ بَعْدَ انْتِهَاءِ الْيَمِينِ (وَأِنْ مَاتَ فَلَانٌ سَقَطَتِ الْيَمِينُ) خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ لِأَنَّ الْمَمْنُوعَ عَنْهُ كَلَامٌ يَنْتَهِي بِالْإِذْنِ وَالْقُدُومِ وَلَمْ يَبْقَ بَعْدَ الْمَوْتِ مَتَصَوِّرُ الْوُجُودِ فَسَقَطَتِ الْيَمِينُ. وَعِنْدَهُ النَّصُورُ لَيْسَ بِشَرْطٍ، فَعِنْدَ سَقُوطِ الْغَايَةِ تَتَأَبَّدُ الْيَمِينُ.

الشرح:

وقوله (لأنه غايّة) أمّا في كلمة حتى فظاهر، وأمّا في إلا أن فلما تقدّم من مناسبة معنى الاستثناء معنى الغايّة وكونه مجازاً للغايّة. قوله (وإن مات فلان) يعني الذي أسند إليه القدوم أو الإذن سقط اليمين لانتفاء تصوّر البرّ. فإن قيل: إعادة الحياة ممكنة فكان الواجب أن لا يبتطل اليمين. فالجواب أن اليمين انعقدت على القدوم أو الإذن في حياته القائمة لا المعادة بعد موته وهي غير المعادة لا محالة، ولهذا قلنا: إذا قال لأقتل فلاناً وفلان ميت ولم يعلم الخالف بموته لا تنعقد اليمين لأنها وقعت على الحياة القائمة.

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُ عَبْدَ فُلَانٍ وَلَمْ يَتَوَّعِدْ بِعَيْنِهِ أَوْ امْرَأَةً فُلَانٍ أَوْ صَدِيقَ فُلَانٍ فَبَاعَ فُلَانٌ عَبْدَهُ أَوْ بَانَتْ مِنْهُ امْرَأَتُهُ أَوْ عَادَى صَدِيقُهُ فَكَلَمَهُمْ لَمْ يَحْنُثْ) لِأَنَّهُ عَقَدَ يَمِينَهُ عَلَى فِعْلٍ وَقَعَ فِي مَحَلٍّ مُضَافٍ إِلَى فُلَانٍ، إِمَّا إِضَافَةً مِلْكٍ أَوْ إِضَافَةً نِسْبَةٍ وَلَمْ يُوْجَدْ فَلَا يَحْنُثْ، قَالَ هَذَا فِي إِضَافَةِ الْمَلِكِ بِالِاتِّفَاقِ. وَفِي إِضَافَةِ النَّسْبَةِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ يَحْنُثُ كَالْمَرَأَةِ وَالصَّدِيقِ.

قَالَ فِي الزِّيَادَاتِ: لِأَنَّ هَذِهِ الْإِضَافَةَ لِلتَّعْرِيفِ لِأَنَّ الْمَرَأَةَ وَالصَّدِيقَ مَقْصُودَانِ بِالْهَجْرَانِ فَلَا يَشْتَرِطُ دَوَامُهَا فَيَتَعَلَّقُ الْحُكْمُ بِعَيْنِهِ كَمَا فِي الْإِشَارَةِ. وَوَجْهٌ مَا ذُكِرَ هَاهُنَا وَهُوَ رِوَايَةُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ أَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ غَرَضُهُ هِجْرَانُهُ لِأَجْلِ الْمُضَافِ إِلَيْهِ وَلِهَذَا لَمْ يُعَيِّنْ فَلَا يَحْنُثُ بَعْدَ زَوَالِ الْإِضَافَةِ بِالشَّكِّ (وَأِنْ كَانَتْ يَمِينُهُ عَلَى عَبْدٍ بِعَيْنِهِ بِأَنْ قَالَ عَبْدُ فُلَانٍ هَذَا أَوْ امْرَأَةُ فُلَانٍ بِعَيْنِهَا أَوْ صَدِيقُ فُلَانٍ بِعَيْنِهِ لَمْ يَحْنُثْ فِي الْعَبْدِ وَحْنُثٌ فِي الْمَرَأَةِ وَالصَّدِيقِ، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَحْنُثُ فِي الْعَبْدِ أَيْضًا) وَهُوَ قَوْلُ زُهْرٍ (وَأِنْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ دَارَ فُلَانٍ هَذِهِ فَبَاعَهَا ثُمَّ دَخَلَهَا فَهُوَ عَلَى هَذَا الْاِخْتِلَافِ) وَجْهٌ قَوْلُ مُحَمَّدٍ وَزُهْرٍ أَنَّ الْإِضَافَةَ لِلتَّعْرِيفِ وَالْإِشَارَةِ أَبْلَغُ مِنْهَا فِيهِ لَكُونُهَا قَاطِعَةً لِلشَّرِكَةِ، بِخِلَافِ الْإِضَافَةِ فَاعْتَبِرَتْ الْإِشَارَةُ وَلُغِيَتْ الْإِضَافَةُ وَصَارَ كَالصَّدِيقِ وَالْمَرَأَةِ. وَلَهُمَا أَنَّ الدَّاعِيَ إِلَى الْيَمِينِ مَعْنَى فِي الْمُضَافِ إِلَيْهِ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَعْيَانَ لَا تُهْجَرُ وَلَا تُعَادَى لِدَوَاتِهَا، وَكَذَا الْعَبْدُ لِسُقُوطِ مَنْزِلَتِهِ بَلْ لَمَعْنَى فِي مَلَائِكَةٍ فَتَقْتَضِي الْيَمِينُ بِحَالِ قِيَامِ الْمَلِكِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ الْإِضَافَةُ إِضَافَةً نِسْبَةٍ كَالصَّدِيقِ وَالْمَرَأَةِ لِأَنَّهُ يُعَادَى لِدَاوَتِهِ فَكَانَتْ الْإِضَافَةُ لِلتَّعْرِيفِ وَالدَّاعِيَ الْمَعْنَى فِي الْمُضَافِ إِلَيْهِ غَيْرُ ظَاهِرٍ لِعَدَمِ التَّعْيِينِ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ.

الشرح:

قَالَ: (وَمَنْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُ عَبْدَ فُلَانٍ) إِذَا وَقَعَتِ الْيَمِينُ عَلَى فِعْلٍ يَتَعَلَّقُ بِمُرَكَّبٍ إِضَافِيٍّ، فَإِذَا أَنْ يَكُونَ مَعَ الْإِضَافَةِ إِشَارَةً أَوْ لَا، وَكُلُّ مِنْهُمَا إِمَّا أَنْ تَكُونَ الْإِضَافَةُ إِلَيْهِ إِضَافَةً مِلْكٍ أَوْ إِضَافَةً نِسْبَةٍ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ مَعَ الْإِضَافَةِ إِشَارَةً كَمَا إِذَا حَلَفَ لَا يُكَلِّمُ عَبْدَ فُلَانٍ وَلَمْ يَتَوَّعِدْ بِعَيْنِهِ أَوْ امْرَأَةً أَوْ صَدِيقَ فُلَانٍ فَالْمُعْتَبَرُ وَجُودُ الْمَلِكِ عِنْدَ وَجُودِ الْمُخْلُوفِ عَلَيْهِ فِي إِضَافَةِ الْمَلِكِ بِالِاتِّفَاقِ، وَكَذَا فِي إِضَافَةِ النَّسْبَةِ عِنْدَ أَبِي

حَنِيفَةً.

وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يُعْتَبَرُ وُجُودُ النَّسَبَةِ وَقَتَ الْحَلْفِ، فَعَلَى هَذَا إِذَا بَاعَ فُلَانٌ عَبْدَهُ فَكَلِمَتُهُ لَمْ يَحْنُثْ بِالْإِتِّفَاقِ، وَكَذَا إِذَا طَلَّقَ امْرَأَتَهُ أَوْ عَادَى صَدِيقَهُ عِنْدَهُ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَحْنُثُ كَذَا قَالَهُ فِي الزِّيَادَاتِ.

وَجْهٌ قَوْلُ مُحَمَّدٍ أَنَّ هَذِهِ الْإِضَافَةَ لِلتَّعْرِيفِ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ وَالصَّدِيقَ قَدْ يُهْجَرَانِ لِدَاثَهُمَا مَقْصُودًا لَا لِأَجْلِ الْمُضَافِ إِلَيْهِ، وَمَا كَانَ لِلتَّعْرِيفِ لَا يُشْتَرَطُ دَوَامُهُ لِلإِسْتِغْنَاءِ عَنْهُ بَعْدَ التَّعْرِيفِ فَيَتَعَلَّقُ الْحُكْمُ بِعَيْنِهِ، أَيْ بِعَيْنِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا. كَمَا فِي الْإِشَارَةِ بِأَنَّ قَالَ لَا أَكَلِمُ صَدِيقَ فُلَانٍ هَذَا أَوْ زَوْجَةَ فُلَانٍ هَذِهِ (وَوَجْهٌ مَا ذُكِرَ هَاهُنَا) يَعْنِي عَدَمَ الْحِنْثِ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَهُوَ رِوَايَةُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ) فَإِنَّهُ ذَكَرَ قَوْلَ مُحَمَّدٍ فِي الزِّيَادَاتِ وَقَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ، وَلَمْ يَذْكُرْ لِأَبِي يُوسُفَ قَوْلًا. وَقَالَ فَخَرُ الْإِسْلَامِ: يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ مِثْلَ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ غَرَضُهُ هَجْرَانَهُ أَيْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمَرْأَةِ وَالصَّدِيقِ لِأَجْلِ الْمُضَافِ إِلَيْهِ وَلِهَذَا لَمْ يُعَيِّنْهُ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ لَا يَكُونَ فَلَا يَحْنُثُ بَعْدَ زَوَالِ الْإِضَافَةِ بِالشَّكِّ، وَإِنْ كَانَ مَعَ الْإِضَافَةِ إِشَارَةً بِأَنَّ قَالَ عَبْدَ فُلَانٍ هَذَا أَوْ امْرَأَةَ فُلَانٍ هَذِهِ أَوْ صَدِيقَ فُلَانٍ بِعَيْنِهِ لَمْ يَحْنُثْ فِي الْعَبْدِ، وَحِنْثٌ فِي الْمَرْأَةِ وَالصَّدِيقِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَحْنُثُ فِي الْعَبْدِ أَيْضًا وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ. وَجْهٌ قَوْلُهُمَا أَنَّ الْإِضَافَةَ لِلتَّعْرِيفِ. وَتَقْرِيرُهُ: الْإِضَافَةُ لِلتَّعْرِيفِ وَمَا هُوَ لِلتَّعْرِيفِ يَلْعُو عِنْدَ وُجُودِ مَا هُوَ أَبْلَغُ مِنْهُ فِيهِ، وَالْإِشَارَةُ أَبْلَغُ مِنْهَا فِيهِ لِكُونِهَا قَاطِعَةً لِلشَّرَكَةِ لِكُونِهَا بِمَنْزِلَةِ وَضْعِ الْيَدِ عَلَيْهِ، بِخِلَافِ الْإِضَافَةِ لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ لِفُلَانٍ عَبِيدٌ فَاعْتَبِرَتِ الْإِشَارَةُ وَلَعَتْ الْإِضَافَةُ وَصَارَ كَالصَّدِيقِ وَالْمَرْأَةِ. وَوَجْهٌ قَوْلُهُمَا أَنَّ الدَّاعِيَ إِلَى الْيَمِينِ مَعْنَى فِي الْمُضَافِ إِلَيْهِ، وَتَقْرِيرُهُ: لَا نُسَلِّمُ أَنَّ الْإِضَافَةَ لِلتَّعْرِيفِ بَلْ لَيَبَانَ أَنَّ الدَّاعِيَ إِلَى الْيَمِينِ مَعْنَى فِي الْمُضَافِ إِلَيْهِ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَعْيَانَ: أَيْ الدَّارُ وَالِدَّابَّةُ وَالثَّوْبُ لَا تُهْجَرُ وَلَا تُعَادَى لِدَوَاتِهَا، وَكَذَا الْعَبْدُ لِسُقُوطِ مَنْزِلَتِهِ بَلْ لِمَعْنَى فِي مُلَاكِهَا فَتَقْبَلُ الْيَمِينُ بِحَالِ قِيَامِ الْمَلِكِ لِقِيَامِ الْمَعْنَى الدَّاعِيَ إِذْ ذَلِكَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ الْإِضَافَةُ إِضَافَةً نِسْبَةً كَالصَّدِيقِ وَالْمَرْأَةِ لِأَنَّهُ يُعَادَى لِدَاثَتِهِ فَكَانَتْ الْإِضَافَةُ لِلتَّعْرِيفِ، وَالدَّاعِيَ لِمَعْنَى فِي الْمُضَافِ إِلَيْهِ غَيْرُ ظَاهِرٍ لِعَدَمِ التَّعْيِينِ: أَيْ

لَعَدَمَ تَعْيِينِ الْمُضَافِ إِلَيْهِ لِلْهَجْرَانِ لِكَوْنِ الْمُضَافِ أَيْضًا صَالِحًا لَذَلِكَ. وَإِذَا كَانَ لِلتَّعْرِيفِ لَمْ يَشْتَرِطْ دَوَامُهَا لَمَّا ذَكَّرْنَا، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ، يَعْنِي إِضَافَةَ الْمَلِكِ لَتَعْيِينِ الْمُضَافِ إِلَيْهِ لَذَلِكَ. وَاعْتَرَضَ بَأَنَّ الدَّابَّةَ وَالْدَّارَ وَالْمَرْأَةَ يَجُوزُ أَنْ تُهَجَرَ لذَاتِهَا لَشُؤْمِهَا كَمَا جَاءَ فِي الْحَدِيثِ. وَأُجِيبَ بَأَنَّ ذَلِكَ احْتِمَالٌ لَمْ يَقْتَرِنْ بِهِ عُرْفٌ فَلَا يَكُونُ مُعْتَبَرًا

قَالَ (وَإِنْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُ صَاحِبَ هَذَا الطُّيْلَسَانِ فَبَاعَهُ ثُمَّ كَلَّمَهُ حَنِثَ) لِأَنَّ هَذِهِ الْإِضَافَةَ لَا تَحْتَمِلُ إِلَّا التَّعْرِيفَ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ لَا يُعَادَى لِمَعْنَى فِي الطُّيْلَسَانِ فَصَارَ كَمَا إِذَا أَشَارَ إِلَيْهِ (وَمَنْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُ هَذَا الشَّابَّ فَكَلَّمَهُ وَقَدْ صَارَ شَيْخًا حَنِثَ) لِأَنَّ الْحُكْمَ تَعَلَّقَ بِالْمُشَارِ إِلَيْهِ إِذِ الصِّفَةُ فِي الْحَاضِرِ لِعَوٍّ، وَهَذِهِ الصِّفَةُ لَيْسَتْ بِدَاعِيَةٍ إِلَى الْيَمِينِ عَلَى مَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ.

الشرح:

. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُ صَاحِبَ هَذَا الطُّيْلَسَانِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَهَذِهِ الصِّفَةُ لَيْسَتْ بِدَاعِيَةٍ إِلَى الْيَمِينِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ لَوْ كَانَتْ الصِّفَةُ فِي الْحَاضِرِ لِعَوٍّ لَحَنِثَ إِذَا حَلَفَ لَا يَأْكُلُ هَذَا الرُّطْبَ فَأَكَلَهُ بَعْدَ مَا صَارَ ثَمَرًا. وَتَقْرِيرُهُ: الصِّفَةُ فِي الْحَاضِرِ لِعَوٍّ إِذَا لَمْ تَكُنْ دَاعِيَةً إِلَى الْيَمِينِ، وَهَذِهِ كَذَلِكَ عَلَى مَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ: يَعْنِي فِي أَوَّلِ بَابِ الْيَمِينِ فِي الْأَكْلِ وَالشُّرْبِ، بِخِلَافِ الرُّطْبِ فَإِنَّ صِفَتَهَا دَاعِيَةٌ إِلَى الْيَمِينِ.

فصل

قَالَ: (وَمَنْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُ حِينًا أَوْ زَمَانًا أَوْ الْحِينَ أَوْ الزَّمَانَ فَهُوَ عَلَى سِتَّةِ أَشْهُرٍ) لِأَنَّ الْحِينَ قَدْ يُرَادُ بِهِ الزَّمَانُ الْقَلِيلُ وَقَدْ يُرَادُ بِهِ أَرْبَعُونَ سَنَةً، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿هَلْ أَتَى عَلَى الْإِنْسَانِ حِينٌ مِّنَ الدَّهْرِ﴾ [الإنسان: ١١] وَقَدْ يُرَادُ بِهِ سِتَّةُ أَشْهُرٍ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿تُورِي أَكْلَهَا كُلَّ حِينٍ﴾ [إبراهيم: ٢٥] وَهَذَا هُوَ الْوَسْطُ فَيَنْصَرِفُ إِلَيْهِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْيَسِيرَ لَا يُقْصَدُ بِالْمَنْعِ لَوْجُودِ الْإِمْتِنَاعِ فِيهِ عَادَةً، وَالْمُؤَيَّدُ لَا يُقْصَدُ غَالِبًا لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْأَبَدِ، وَلَوْ سَكَتَ عَنْهُ يَتَأَبَّدُ فَيَتَعَيَّنُ مَا ذَكَّرْنَا. وَكَذَا الزَّمَانُ يُسْتَعْمَلُ اسْتِعْمَالِ الْحِينِ، يُقَالُ مَا رَأَيْتُكَ مِنْذُ حِينٍ وَمِنْذُ زَمَانٍ بِمَعْنَى وَهَذَا إِذَا لَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَّةً، أَمَّا إِذَا نَوَى شَيْئًا فَهُوَ عَلَى مَا نَوَى لِأَنَّهُ نَوَى حَقِيقَةً كَلَامِهِ (وَكَذَلِكَ الدَّهْرُ عِنْدَهُمَا).

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: الدَّهْرُ لَا أَدْرِي مَا هُوَ وَهَذَا الْاِخْتِلَافُ فِي الْمُنْكَرِ وَهُوَ الصَّحِيحُ،

أَمَّا الْمَعْرِفُ بِالْأَلْفِ وَاللَّامِ يُرَادُ بِهِ الْأَبَدُ عُرْفًا. لَهُمَا أَنْ دَهْرًا يُسْتَعْمَلُ اسْتِعْمَالِ الْحَيْنِ وَالزَّمَانِ يُقَالُ مَا رَأَيْتُكَ مُنْذُ حَيْنٍ وَمُنْذُ دَهْرٍ بِمَعْنَى وَأَبُو حَنِيفَةَ تَوَقَّفَ فِي تَقْدِيرِهِ لِأَنَّ اللَّغَاتِ لَا تُدْرِكُ قِيَاسًا وَالْعُرْفُ لَمْ يُعْرِفْ اسْتِمْرَارُهُ لِاخْتِلَافٍ فِي الْاسْتِعْمَالِ.

الشرح:

(فَصْلٌ)

لَمَّا كَانَتْ الْمَسَائِلُ الْمَذْكُورَةُ فِي هَذَا الْفَصْلِ مِنْ نَوْعِ الْكَلَامِ مُتَعَلِّقَةً بِالزَّمَانِ سَمَّاهُ فَصْلًا (وَمَنْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُ فَلَانًا حِينًا أَوْ زَمَانًا أَوْ الْحَيْنَ أَوْ الزَّمَانَ وَلَا نِيَّةَ عَلَى شَيْءٍ مِنَ الْوَقْتِ فَهُوَ عَلَى سِتَّةِ أَشْهُرٍ لِأَنَّ الْحَيْنَ قَدْ يُرَادُ بِهِ الزَّمَانُ الْقَلِيلُ) قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿فَسُبِّحْنَ اللَّهَ حِينَ تُمْسُونَ وَحِينَ تُصْبِحُونَ﴾ [الروم: ١٧]، وَالْمُرَادُ بِهِ وَقْتُ الصَّلَاةِ، وَقَدْ يُرَادُ بِهِ أَرْبَعُونَ سَنَةً قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿هَلْ أَتَى عَلَى الْإِنْسَانِ حِينٌ مِّنَ الدَّهْرِ﴾.

قَالَ الْمَفْسُورُونَ: الْمُرَادُ بِهِ أَرْبَعُونَ سَنَةً، وَقَدْ يُرَادُ بِهِ سِتَّةُ أَشْهُرٍ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿تُؤْتَى أَكُلَهَا كُلَّ حِينٍ﴾ [إبراهيم: ٢٥] أَيُّ كُلِّ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، فَمِنْ وَقْتِ الطَّلَعِ إِلَى وَقْتِ الرُّطْبِ سِتَّةُ أَشْهُرٍ، وَمِنْ وَقْتِ الرُّطْبِ إِلَى وَقْتِ الطَّلَعِ سِتَّةُ أَشْهُرٍ، وَمَعْنَاهُ أَنَّهُ يُنْتَفَعُ بِهَا فِي كُلِّ وَقْتٍ لَا يَنْقَطِعُ نَفْعُهَا أَبَتَةً (وَهَذَا هُوَ الْوَسْطُ فَيُصَرَّفُ إِلَيْهِ) إِذَا لَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ.

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) أَيُّ الْإِنْصِرَافِ إِلَى سِتَّةِ أَشْهُرٍ (لَأَنَّ الْقَصِيرَ لَا يُقْصَدُ بِالْمَنْعِ) لَعَدَمِ الْحَاجَةِ إِلَى الْيَمِينِ فِي الْإِمْتِنَاعِ عَنِ الْكَلَامِ فِي سَاعَةٍ وَاحِدَةٍ؛ لِأَنَّهُ يُوجَدُ فِيهَا عَادَةً بِلَا يَمِينٍ، وَالْمَدِيدُ لَا يُقْصَدُ غَالِبًا لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْأَبَدِ لِأَنَّ مَنْ أَرَادَ ذَلِكَ يَقُولُ أَبَدًا فِي الْعُرْفِ، فَلَوْ كَانَ مُرَادُهُ ذَلِكَ لَمْ يَذْكُرْ الْحَيْنَ، وَلَوْ سَكَتَ تَأَبَّدَ الْيَمِينُ فَحَيْثُ ذِكْرٌ لَا بُدَّ لَهُ مِنْ فَائِدَةٍ سِوَى الْمُسْتَفَادِ عِنْدَ عَدَمِ ذِكْرِهِ وَإِلَّا لَا يَكُونُ لَذِكْرِهِ فَائِدَةٌ فَتَعَيَّنَ الْاَوْسَطُ. وَقَوْلُهُ (وَكَذَا الزَّمَانُ) ظَاهِرٌ (وَكَذَاكَ الدَّهْرُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ) يَعْنِي يَقَعُ عَلَى سِتَّةِ أَشْهُرٍ الْمُتَكَرَّرُ وَالْمَعْرِفُ سِوَاءً (وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: الدَّهْرُ لَا أَدْرِي مَا هُوَ) وَهَذَا الْاِخْتِلَافُ فِي الْمُتَكَرَّرِ.

وَقَوْلُهُ (هُوَ الصَّحِيحُ) اخْتِرَازٌ عَنْ رِوَايَةِ بَشِيرٍ عَنْ أَبِي يُوسُفَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ قَالَ لَا فَرْقَ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ بَيْنَ قَوْلِهِ دَهْرًا وَبَيْنَ قَوْلِهِ الدَّهْرُ، وَإِذَا كَانَ الْاِخْتِلَافُ فِي الْمُتَكَرَّرِ فَالْمَعْرِفُ يَكُونُ مُتَّفَقًا عَلَيْهِ؛ فِيمَا أَنْ يَكُونَ سِتَّةَ أَشْهُرٍ كَمَا قَالَا، وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ

يَقَعُ عَلَى الْأَبَدِ كَمَا قَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا إِنَّ الدَّهْرَ فَالَالَمُ التَّعْرِيفِ يَقَعُ عَلَى الْأَبَدِ بِلَا خِلَافٍ بَيْنَهُمْ، وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ أَمَّا الْمَعْرِفُ بِالْأَلْفِ وَاللَامِ فَيُرَادُ بِهِ الْأَبَدُ عُرْفًا.

وَوَجْهُ الْجَانِبَيْنِ فِي الْمُنْكَرِ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ.
فَإِنْ قِيلَ: ذَكَرَ فِي الْجَامِعِ الْكَبِيرِ وَأَجْمَعُوا فِيمَنْ قَالَ إِنَّ كَلِمَتَكَ دُهورًا أَوْ أَرْزَمَةً أَوْ شُهُورًا أَوْ سِنِينَ أَوْ جُمُعًا أَوْ أَيَّامًا يَقَعُ عَلَى ثَلَاثَةٍ مِنْ هَذِهِ الْمَذْكُورَاتِ لِأَنَّهَا أَذْنَى الْجَمْعِ الْمُتَّفَقِ عَلَيْهِ، وَكَانَ أَبُو حَنِيفَةَ أَيْضًا قَائِلًا فِي دُهورٍ مُنْكَرَةً بِثَلَاثَةٍ مِنْهَا، فَكُلُّ دَهِرٍ سِتَّةُ أَشْهُرٍ كَمَا هُوَ قَوْلُهُمَا، وَالْحُكْمُ فِي الْجَمْعِ مَوْقُوفٌ عَلَى مَعْرِفَةِ الْإِفْرَادِ فَكَيْفَ حَكَمَ فِي الْجَمْعِ وَتَوَقَّفَ فِي الْمَفْرَدِ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ تَفْرِيعٌ لِمَسْأَلَةِ الدَّهِرِ عَلَى قَوْلٍ مَنْ يَدَّعِي مَعْرِفَةَ الدَّهِرِ فَكَاثِلُهُ قَالَ: مَنْ وَقَفَ عَلَى مَعْنَى الدَّهِرِ يَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يَقُولَ فِي الْجَمْعِ الْمُنْكَرِ مِنْهُ بِثَلَاثَةٍ كَمَا فِي الْأَرْزَمَةِ وَالشُّهُورِ كَمَا فَعَلَ مِثْلَ ذَلِكَ فِي الْمُزَارَعَةِ. وَيَبَيَّنُ اخْتِلَافَ الْأَسْتِعْمَالِ فِيهِ أَنَّ مَعْرِفَةَ الْأَبَدِ بِخِلَافِ الْحَيْنِ وَالزَّمَانِ، وَيُقَالُ دَهِرِيٌّ لِمَنْ قَالَ الدَّهْرُ وَأَنْكَرَ الصَّانِعَ.

وَحَكَى اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمْ بِقَوْلِهِ ﴿وَمَا يَهْدِيكُمْ إِلَّا إِلَى الدَّهْرِ﴾ [الحاثية: ٢٤]، قَالَ ﷺ «لَا تَسْبُوا بِالْدَّهِرِ فَإِنَّ الدَّهْرَ هُوَ اللَّهُ» فَهَذَا اسْمٌ لَمْ يُوقَفْ عَلَى مُرَادِ الْمُتَكَلِّمِ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ؛ وَالتَّوَقُّفُ فِي مِثْلِ ذَلِكَ لَا يَكُونُ إِلَّا مِنْ كَمَالِ الْعِلْمِ وَالْوَرَعِ.

(وَلَوْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُهُ أَيَّامًا فَهُوَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ) لِأَنَّهُ اسْمٌ جَمْعٍ ذُكِرَ مُنْكَرًا فَيَتَنَاولُ أَهْلَ الْجَمْعِ وَهُوَ الثَّلَاثُ. وَلَوْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُهُ الْأَيَّامَ فَهُوَ عَلَى عَشْرَةِ أَيَّامٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ: عَلَى أَيَّامِ الْأُسْبُوعِ. وَلَوْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُهُ الشُّهُورَ فَهُوَ عَلَى عَشْرَةِ أَشْهُرٍ عِنْدَهُ. وَعِنْدَهُمَا عَلَى اثْنَيْ عَشَرَ شَهْرًا لِأَنَّ اللَّامَ لِلْمَعْهُودِ وَهُوَ مَا ذَكَرْنَا، لِأَنَّهُ يَدُورُ عَلَيْهَا. وَلَهُ أَنَّهُ جَمْعٌ مُعْرِفٌ فَيَنْصَرِفُ إِلَى أَقْصَى مَا يُذَكَّرُ بِلَفْظِ الْجَمْعِ وَذَلِكَ عَشْرَةٌ (وَكَذَا الْجَوَابُ عِنْدَهُ فِي الْجَمْعِ وَالسِّنِينَ) وَعِنْدَهُمَا يَنْصَرِفُ إِلَى الْعُمَرِ لِأَنَّهُ لَا مَعْهُودَ دُونَهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُهُ أَيَّامًا فَهُوَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ) وَهُوَ رِوَايَةُ الْجَامِعِ الْكَبِيرِ، وَذَكَرَ فِيهِ أَنَّهُ بِالِاتِّفَاقِ، وَذَكَرَ فِي كِتَابِ الْإِيمَانِ أَنَّهُ عَلَى عَشْرَةِ أَيَّامٍ عِنْدَهُ كَمَا فِي

المُعَرَّف. قَالَ الْإِمَامُ الْإِسْبِجَانِيُّ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ: وَالْمَذْكُورُ فِي الْجَمْعِ أَصَحُّ لِأَنَّهُ ذَكَرَ الْأَيَّامَ بِالتَّنْكِيرِ، وَلَا دَلَالَةَ فِيهِ عَلَى الْجِنْسِ وَالْعَهْدِ فَيَقَعُ عَلَى أَقْلِ الْجَمْعِ وَهُوَ الثَّلَاثَةُ. وَلَوْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُهُ الْأَيَّامَ فَهُوَ عَلَى عَشْرَةِ أَيَّامٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ: عَلَى أَيَّامِ الْأُسْبُوعِ.

وَالْأَصْلُ أَنَّ حَرْفَ التَّعْرِيفِ إِذَا دَخَلَ عَلَى اسْمِ الْجَمْعِ يَنْصَرِفُ إِلَى أَقْصَى مَا يَنْطَلِقُ عَلَيْهِ اسْمُ الْجَمْعِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ الْعَشْرَةُ؛ لِأَنَّ النَّاسَ يَقُولُونَ فِي الْعُرْفِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ وَأَرْبَعَةَ أَيَّامٍ إِلَى عَشْرَةِ أَيَّامٍ، ثُمَّ بَعْدَ ذَلِكَ يَقُولُونَ: أَحَدَ عَشَرَ يَوْمًا وَمِائَةَ يَوْمٍ وَأَلْفَ يَوْمٍ، فَلَمَّا كَانَتْ الْعَشْرَةُ أَقْصَى مَا يَنْتَهِي إِلَيْهِ لَفْظُ الْجَمْعِ كَانَتْ هِيَ الْمُرَادَةَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا حَلَفَ لَا يَتَرَوَّجُ النِّسَاءَ حَيْثُ يَقَعُ الْيَمِينُ عَلَى الْوَاحِدَةِ لَتَعَذُّرِ صَرْفِهِ إِلَى أَقْصَى مَا يَنْتَهِي إِلَيْهِ اسْمُ النِّسَاءِ، وَعِنْدَهُمَا يُنْظَرُ إِنْ كَانَ ثَمَّةَ مَعْهُودٍ يَنْصَرِفُ إِلَيْهِ وَإِلَّا يَنْصَرِفُ إِلَى جَمِيعِ الْعُمُرِ، وَفِي الْأَيَّامِ الْمَعْهُودِ فِي عُرْفِ النَّاسِ أَيَّامُ الْأُسْبُوعِ فَكَانَتْ مُرَادَةً، وَفِي الشُّهُورِ الْمَعْهُودِ شُهُورُ السَّنَةِ فَكَانَتْ مُرَادَةً وَهِيَ اثْنَا عَشَرَ شَهْرًا، وَلَا مَعْهُودٌ فِي الْجَمْعِ وَالسِّنِّينَ فَيَنْصَرِفُ يَمِينُهُ إِلَى جَمِيعِ الْعُمُرِ.

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ يَذُورُ عَلَيْهَا) قِيلَ أَيُّ لَأَنَّ الشُّهُورَ تَذُورُ عَلَى اثْنَيْ عَشَرَ، وَكَانَ الْقِيَاسُ أَنْ يَقُولَ: لِأَنَّهُ تَذُورُ عَلَيْهِ، وَلَكِنْ أَوَّلُ الْمَذْكُورِ فِي الْأَوَّلِ وَبِالْإِفْرَادِ فِي الثَّانِي.

(وَمَنْ قَالَ لَعَبْدِهِ إِنْ خَدَمْتَنِي أَيَّامًا كَثِيرَةً فَأَنْتَ حُرٌّ فَلَا أَيَّامَ كَثِيرَةً عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ عَشْرَةَ أَيَّامٍ) لِأَنَّهُ أَكْثَرُ مَا يَتَنَاوَلُهُ اسْمُ الْأَيَّامِ، وَقَالَا: سَبْعَةَ أَيَّامٍ لِأَنَّ مَا زَادَ عَلَيْهَا تَكَرَّرَ. وَقِيلَ لَوْ كَانَ الْيَمِينُ بِالْفَارِسِيَّةِ يَنْصَرِفُ إِلَى سَبْعَةِ أَيَّامٍ لِأَنَّهُ يُذَكَّرُ فِيهَا بِلَفْظِ الْفَرْدِ دُونَ الْجَمْعِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ قَالَ لَعَبْدِهِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَقِيلَ لَوْ كَانَتْ الْيَمِينُ بِالْفَارِسِيَّةِ) يَعْنِي مِثْلَ أَنْ يَقُولَ أَكْرَ خَدَمْتَ كُنِي مَرَارُوزْ هَايَ بَسِيَّارِ تَوَازَاذِي غَرْمُ خَدَمَ سَبْعَةَ أَيَّامٍ يَنْبَغِي أَنْ يُعْتَقَ لِأَنَّ فِي لِسَانِنَا يُسْتَعْمَلُ فِي جَمِيعِ الْأَعْدَادِ لَفْظَةُ رُوزَ فَلَا يَجِيءُ مَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ فِي الْعَرَبِيَّةِ مِنْ انْتِهَاءِ لَفْظِ الْجَمْعِ إِلَى عَشْرَةٍ؛ فَلِذَلِكَ أُرِيدَ فِي الْعَرَبِيَّةِ أَكْثَرُ مَا يَنْطَلِقُ عَلَيْهِ اسْمُ الْأَيَّامِ، لِأَنَّ بَعْدَ ذَلِكَ لَا يُقَالُ أَيَّامٌ بَلْ يُقَالُ إِحْدَى عَشَرَ يَوْمًا وَمِائَةَ يَوْمٍ

وَأَلْفَ يَوْمٍ. وَقِيلَ فِي تَعْلِيلِ الْمُصَنَّفِ نَظَرٌ لِأَنَّ لَفْظَ الْفَرْدِ بِالْفَارِسِيَّةِ إِمَّا أَنْ يُفْهَمَ مِنْهُ مَعْنَى الْجَمْعِ أَوْ لَا، فَإِنْ فُهِمَ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْعَرَبِيُّ وَالْفَارِسِيُّ سَوَاءً وَإِنْ لَمْ يُفْهَمَ يَنْبَغِي أَنْ لَا يَكُونَ الْأُسْبُوعُ مُرَادًا أَيْضًا.

وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بِأَنَّهُ يُفْهَمُ مِنْهُ مَعْنَى الْجَمْعِ. وَقَوْلُهُ: يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْعَرَبِيُّ وَالْفَارِسِيُّ سَوَاءً، قُلْنَا: مَمْنُوعٌ لِأَنَّ لَفْظَ الْفَارِسِيِّ وَإِنْ أَفَادَ مَعْنَى الْجَمْعِ لَكِنْ لَا يَنْتَهِي إِلَى الْعَشْرَةِ وَتَخْصِيصُ أَيَّامِ الْأُسْبُوعِ لِكَوْنِهِ الْمَعْهُودُ أَوْ لِعَدَمِ الْقَائِلِ بِالْفَصْلِ.

بَابُ الْيَمِينِ فِي الْعِتْقِ وَالطَّلَاقِ

(وَمَنْ قَالَ لَامْرَأَتِهِ إِذَا وَلَدَتْ وَلَدًا فَأَنْتِ طَالِقٌ فَوَلَدَتْ وَلَدًا مَيْتًا طَلَّقَتْ، وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ لِأَمَتِهِ إِذَا وَلَدَتْ وَلَدًا فَأَنْتِ حُرَّةٌ) لِأَنَّ الْمَوْجُودَ مَوْلُودٌ فَيَكُونُ وَلَدًا حَقِيقَةً وَيُسَمَّى بِهِ فِي الْعُرْفِ، وَيُعْتَبَرُ وَلَدًا فِي الشَّرْعِ حَتَّى تَنْقُضِيَ بِهِ الْعِدَّةَ، وَالِدَّمُ بَعْدَهُ نِفَاسٌ وَأُمُّهُ أُمٌ وَلَدٍ لَهُ فَتَحَقَّقَ الشَّرْطُ وَهُوَ وَلَادَةُ الْوَلَدِ.

الشرح:

(بَابُ الْيَمِينِ فِي الْعِتْقِ وَالطَّلَاقِ): قَدَّمَ هَذَا الْبَابَ عَلَى غَيْرِهِ لِأَنَّ الْحَلْفَ بِهِمَا أَكْثَرُ وَقُوْعًا فَكَانَ مَعْرِفَةُ أَحْكَامِهِ أَهَمَّ مِنْ غَيْرِهِ (وَمَنْ قَالَ لَامْرَأَتِهِ إِذَا وَلَدَتْ وَلَدًا فَأَنْتِ طَالِقٌ فَوَلَدَتْ وَلَدًا مَيْتًا طَلَّقَتْ، وَلَوْ قَالَ ذَلِكَ لِأَمَتِهِ وَعَلَّقَ بِهِ الْحُرِّيَّةَ عَتَقَتْ) لِأَنَّ الشَّرْطَ وَلَادَةُ الْوَلَدِ وَقَدْ تَحَقَّقَتْ لِأَنَّ الْمَوْجُودَ مَوْلُودٌ حَقِيقَةً وَعُرْفًا وَحُكْمًا؛ أَمَّا حَقِيقَةُ فَظَاهِرٌ، وَكَذَلِكَ عُرْفًا لِأَنَّهُ يُسَمَّى فِي الْعُرْفِ وَلَدًا، وَأَمَّا شَرْعًا فَلِأَنَّ الشَّرْعَ اعْتَبَرَهُ وَلَدًا حَتَّى تَنْقُضِيَ بِهِ الْعِدَّةَ وَالِدَّمُ بَعْدَهُ نِفَاسٌ وَأُمُّهُ أُمٌ وَلَدٍ، وَإِذَا تَحَقَّقَ الشَّرْطُ ثَبَتَ الْحُكْمُ.

(وَلَوْ قَالَ إِذَا وَلَدَتْ وَلَدًا فَهُوَ حُرٌّ فَوَلَدَتْ وَلَدًا مَيْتًا ثُمَّ آخَرَ حَيًّا عَتَقَ الْحَيَّ وَحَدَهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَا يُعْتَقُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا) لِأَنَّ الشَّرْطَ قَدْ تَحَقَّقَ بِوَلَادَةِ الْمَيْتِ عَلَى مَا بَيَّنَّا فَتَتَحَلَّى الْيَمِينُ لَا إِلَى جَزَاءٍ لِأَنَّ الْمَيْتَ لَيْسَ بِمَحَلٍّ لِلْحُرِّيَّةِ وَهِيَ الْجَزَاءُ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ مُطْلَقَ اسْمِ الْوَلَدِ مُقَيَّدٌ بِوَصْفِ الْحَيَاةِ لِأَنَّهُ قَصَدَ إِثْبَاتَ الْحُرِّيَّةِ جَزَاءً وَهِيَ قُوَّةُ حُكْمِيَّةٍ تَخْطُرُ فِي دَفْعِ تَسَلُّطِ الْغَيْرِ وَلَا تَثْبُتُ فِي الْمَيْتِ فَيَتَقَيَّدُ بِوَصْفِ الْحَيَاةِ فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ إِذَا وَلَدَتْ وَلَدًا حَيًّا، بِخِلَافِ جَزَاءِ الطَّلَاقِ وَحُرِّيَّةِ الْأُمِّ لِأَنَّهُ لَا يَصْلُحُ مُقَيَّدًا.

الشرح:

(وَلَوْ قَالَ إِذَا وَلَدَتْ وَلَدًا فَهُوَ حُرٌّ فَوَلَدَتْ وَلَدًا مَيْتًا ثُمَّ آخَرَ حَيًّا عَتَقَ الْحَيَّ

وَحَدَهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَا يُعْتَقُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا لِأَنَّ الشَّرْطَ قَدْ تَحَقَّقَ بِوِلَادَةِ الْمَيِّتِ عَلَى مَا بَيَّنَّا) أَنَّ الْمَوْجُودَ مَوْلُودٌ إِنْ لَكِنْ الْمَيِّتُ لَمَّا لَمْ يَكُنْ مَحَلًّا لِلْحُرِّيَّةِ انْحَلَّتِ الْيَمِينُ لَكِنْ لَا إِلَى جِزَاءٍ كَمَا لَوْ قَالَ لَامْرَأَتِهِ إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَلْتِ طَالِقٌ فَدَخَلْتَ الدَّارَ بَعْدَمَا أَبَانَهَا وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا تَنْحَلُّ الْيَمِينُ لَا إِلَى جِزَاءٍ.

وَقَوْلُهُ (وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ مُطْلَقَ اسْمِ الْوَلَدِ مُقَيَّدٌ بِوَصْفِ الْحَيَاةِ) يَعْنِي أَنَّ الْوَلَدَ وَإِنْ كَانَ مُطْلَقًا فِي اللَّفْظِ لَكِنَّهُ مُقَيَّدٌ بِوَصْفِ الْحَيَاةِ دَلَالَةً؛ لِأَنَّهُ قَصَدَ إِثْبَاتَ الْحُرِّيَّةِ لَهُ جِزَاءً وَالْمَيِّتُ لَيْسَ بِمَحَلٍّ لَهَا فَصَارَ كَمَا لَوْ قَالَ إِذَا وَلَدْتَ وَلَدًا حَيًّا وَلَمْ يُوجَدْ، بِخِلَافِ جِزَاءِ الطَّلَاقِ وَحُرِّيَّةِ الْأُمِّ لِأَنَّهُ أَيْ الْجِزَاءُ لَا يَصْلُحُ مُقَيَّدًا لِاسْتِغْنَائِهِمَا عَنْ حَيَاةِ الْوَلَدِ فَلَمْ يَكُنْ الشَّرْطُ إِلَّا وَِلَادَةُ الْوَلَدِ وَقَدْ تَحَقَّقَتْ عَلَى مَا بَيَّنَّا.

وَاسْتَشْكَلَ بِمَا لَوْ قَالَ إِذَا اشْتَرَيْتَ عَبْدًا فَهُوَ حُرٌّ فَاشْتَرَى عَبْدًا لَغَيْرِهِ انْحَلَّتْ يَمِينُهُ، حَتَّى لَوْ اشْتَرَى بَعْدَ ذَلِكَ عَبْدًا لِنَفْسِهِ لَمْ يُعْتَقْ مَعَ أَنَّهُ جَعَلَ شِرَاءَ الْعَبْدِ شَرْطًا لِحُرِّيَّتِهِ وَعَبْدٌ الْغَيْرِ لَيْسَ مَحَلًّا لِلْحُرِّيَّةِ عَنِ الْمُشْتَرِي لِعَدَمِ مِلْكِهِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْإِضْمَارَ إِنَّمَا يَكُونُ لِتَصْحِيحِ الْكَلَامِ، وَالْحَاجَةُ إِلَى إِضْمَارِ الْمَلِكِ لِتَصْحِيحِهِ لَيْسَتْ كَالْحَاجَةِ إِلَى إِضْمَارِ الْحَيَاةِ لِأَنَّ الْحُرِّيَّةَ بِذَوْنِ الْحَيَاةِ لَا تُتَصَوَّرُ أَصْلًا، وَفِي مِلْكِ الْغَيْرِ تُتَصَوَّرُ مَوْقُوفَةً عَلَى الْإِجَارَةِ فَلَا يَلْزَمُ مِنْ وَجُوبِ إِضْمَارِ الْحَيَاةِ إِضْمَارُ الْمَلِكِ.

(وَإِذَا قَالَ أَوَّلُ عَبْدٍ اشْتَرَيْهِ فَهُوَ حُرٌّ فَاشْتَرَى عَبْدًا عَتَقَ) لِأَنَّ الْأَوَّلَ اسْمٌ لِفَرْدٍ سَابِقٍ (فَإِنْ اشْتَرَى عَبْدَيْنِ مَعًا ثُمَّ آخَرَ لَمْ يُعْتَقْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا) لِانْعِدَامِ التَّفَرُّدِ فِي الْأَوَّلَيْنِ وَالسَّبْقِ فِي الثَّلَاثِ فَانْعَدَمَتِ الْأَوَّلِيَّةُ (وَإِنْ قَالَ أَوَّلُ عَبْدٍ اشْتَرَيْهِ وَحَدَهُ فَهُوَ حُرٌّ عَتَقَ الثَّلَاثُ) لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ التَّفَرُّدُ فِي حَالَةِ الشِّرَاءِ لِأَنَّ وَحْدَهُ لِلْحَالِ لُغَةً وَالثَّلَاثُ سَابِقٌ فِي هَذَا الْوَصْفِ (وَإِنْ قَالَ آخِرُ عَبْدٍ اشْتَرَيْهِ فَهُوَ حُرٌّ فَاشْتَرَى عَبْدًا ثُمَّ مَاتَ لَمْ يُعْتَقْ) لِأَنَّ الْآخِرَ اسْمٌ لِفَرْدٍ لَاحِقٍ وَلَا سَابِقَ لَهُ فَلَا يَكُونُ لَاحِقًا (وَلَوْ اشْتَرَى عَبْدًا ثُمَّ عَبْدًا ثُمَّ مَاتَ عَتَقَ الْآخِرُ) لِأَنَّهُ فَرْدٌ لَاحِقٌ فَاتَّصَفَ بِالْآخِرِيَّةِ (وَيُعْتَقُ يَوْمَ اشْتَرَاهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ حَتَّى يُعْتَبَرَ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ، وَقَالَا: يُعْتَقُ يَوْمَ مَاتَ) حَتَّى يُعْتَبَرَ مِنَ الثَّلَاثِ لِأَنَّ الْآخِرِيَّةَ لَا تَثْبُتُ إِلَّا بَعْدَ شِرَاءِ غَيْرِهِ بَعْدَهُ وَذَلِكَ يَتَحَقَّقُ بِالمَوْتِ فَكَانَ الشَّرْطُ مُتَحَقِّقًا عِنْدَ الْمَوْتِ فَيَقْتَصِرُ عَلَيْهِ.

وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْمَوْتَ مُعَرَّفٌ فَأَمَّا اتِّصَافُهُ بِالْآخِرِيَّةِ فَمِنْ وَقْتِ الشِّرَاءِ فَيَبْتُ مُسْتَنَدًا،
وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ تَعْلِيقُ الطَّلَاقَاتِ الثَّلَاثِ بِهِ، وَفَائِدَتُهُ تَظْهَرُ فِي جَرَيَانِ الْإِرْثِ وَعَدَمِهِ.

الشرح:

(وَلَوْ قَالَ أَوَّلُ عَبْدٍ أُشْتَرِيَ فَهُوَ حُرٌّ) عَلَى مَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ ظَاهِرٌ، وَكَذَا قَوْلُهُ
أَوَّلُ عَبْدٍ أُشْتَرِيَ وَحْدَهُ وَهِيَ مِنْ مَسَائِلِ الْجَامِعِ الْكَبِيرِ. وَاسْتَشْكَلَ بِمَا لَوْ قَالَ أَوَّلُ عَبْدٍ
أَمْلَكُهُ وَاحِدًا فَهُوَ حُرٌّ فَاشْتَرَى عَبْدَيْنِ مَعًا ثُمَّ اشْتَرَى آخَرَ لَا يُعْتَقُ الثَّلَاثُ مَعَ أَنَّ مَعْنَى
التَّفْرُدِ فِيهِمَا عَلَى طَرِيقَةٍ وَاحِدَةٍ؛ وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا بِأَنَّ وَاحِدًا يَقْتَضِي نَفْيَ الْمِشَارَكَةِ فِي
الذَّاتِ، وَوَحْدَهُ يَقْتَضِيهِ فِي الْفِعْلِ الْمَقْرُونِ بِهِ دُونَ الذَّاتِ وَلِهَذَا صَدَقَ الرَّجُلُ فِي قَوْلِهِ
فِي الدَّارِ رَجُلٌ وَاحِدٌ وَإِنْ كَانَ مَعَهُ فِيهَا صَبِيٌّ أَوْ امْرَأَةٌ وَكَذَبَ فِي ذَلِكَ إِذَا قَالَ وَحْدَهُ.
وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ قُلْنَا: إِذَا قَالَ وَاحِدًا أَنَّهُ أَضَافَ الْعِتْقَ إِلَى أَوَّلِ عَبْدٍ مُطْلَقٍ لِأَنَّ قَوْلَهُ
وَاحِدًا لَمْ يُفِدْ أَمْرًا زَائِدًا عَلَى مَا أَفَادَهُ لَفْظُ أَوَّلٍ فَكَانَ حُكْمُهُ كَحُكْمِهِ، وَإِذَا قَالَ وَحْدَهُ
فَقَدْ أَضَافَ الْعِتْقَ إِلَى أَوَّلِ عَبْدٍ لَا يُشَارِكُهُ غَيْرُهُ فِي التَّمْلُكِ وَالثَّلَاثُ بِهَذِهِ الصِّفَةِ فَيُعْتَقُ.
وَقَوْلُهُ (وَإِنْ قَالَ آخِرُ عَبْدٍ أُشْتَرِيَ فَهُوَ حُرٌّ) وَاضِحٌ. قَوْلُهُ (وَيُعْتَبَرُ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ)
يَعْنِي إِذَا كَانَ اشْتَرَاهُ فِي الصَّحَّةِ وَقَوْلُهُ (حَتَّى يُعْتَبَرَ مِنْ ثُلْثِ الْمَالِ) يَعْنِي عَلَى كُلِّ حَالٍ
لِأَنَّ شَرْطَ الْعِتْقِ آخِرِيَّةُ الْعَبْدِ الْمَشْتَرَى وَهِيَ لَا تُثَبِّتُ إِلَّا بَعْدَ شِرَاءِ غَيْرِهِ بَعْدَهُ وَعَدَمُ
شِرَاءِ غَيْرِهِ يَتَحَقَّقُ بِالْمَوْتِ فَكَانَ الشَّرْطُ مُتَحَقِّقًا عِنْدَهُ فَيَقْتَصِرُ عَلَيْهِ. وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ
الْمَوْتَ مُعَرَّفٌ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّهُ لَمَّا اشْتَرَى الثَّانِي بَعْدَ الْأَوَّلِ ثُبُتُ صِفَةِ الْآخِرِيَّةِ فِيهِ، لَكِنْ
كَانَتْ بَعَرَضِيَّةً أَنْ يَزُولَ بِشِرَاءِ غَيْرِهِ فَلَا يُحْكَمُ بِعِتْقِهِ مَا لَمْ يَتَيَقَّنْ؛ فَإِذَا مَاتَ وَلَمْ يَشْتَرِ
غَيْرُهُ عَرَفْنَا تَقَرُّرَ صِفَةِ الْآخِرِيَّةِ عَلَيْهِ فَيُعْتَقُ مِنْ ذَلِكَ الْوَقْتِ، كَمَا لَوْ قَالَ لِأَمْتِهِ إِذَا
حَضَتْ فَأَلْتَ حُرَّةً فَرَأَتْ الدَّمَ لَا تُعْتَقُ لِحَوَازِ أَنْ يَنْقَطِعَ الدَّمُ فِيمَا دُونَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، فَإِذَا
اسْتَمَرَّ بِهَا الدَّمُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ عَتَقَتْ مِنْ حِينَ رَأَتْ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّ مَا رَأَتْهُ كَانَ حَيْضًا حِينَ
رَأَتْ الدَّمَ، إِلَى هَذَا أَشَارَ الْإِمَامُ السَّرْحَسِيُّ، ذَكَرَهُ فِي النَّهَايَةِ؛ وَفِيهِ تَسَامُحٌ لِأَنَّ مَا ذَكَرَ
فِي الْكِتَابِ مِنْ بَابِ الْاسْتِنَادِ وَمَا مِثْلُ بِهِ مِنْ بَابِ التَّبَيُّنِ، وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ الْعَرَضُ مِنَ
التَّمْثِيلِ بَيَانُ عَدَمِ الْاِقْتِصَارِ وَالْاسْتِنَادُ وَالتَّبَيُّنُ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ. وَقَوْلُهُ (وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ
تَعْلِيقُ الطَّلَاقَاتِ الثَّلَاثِ بِهِ) أَيُّ بِوَصْفِ الْآخِرِيَّةِ كَمَا إِذَا قَالَ آخِرُ امْرَأَةٍ أَتَزَوَّجُهَا فَهِيَ

طالِقُ ثَلَاثًا فَتَرْوِجُ امْرَأَةً ثُمَّ امْرَأَةً ثُمَّ مَاتَ عِنْدَهُمَا يَفْعُ الطَّلَاقُ مَقْصُورًا عَلَى الْمَوْتِ حَتَّى تَسْتَحِقَّ الْمِيرَاثَ، وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ يَفْعُ مُسْتَنَدًا إِلَى وَقْتِ التَّرْوِجِ فَلَا تَسْتَحِقُّهُ، وَفَائِدَةُ التَّقْيِيدِ بِالثَّلَاثِ جَازَ أَنْ يَكُونَ بَيَانَ الطَّلَاقِ الْبَائِنِ فَإِنْ بِهِ يَكُونُ الزَّوْجُ فَرًّا وَتَرَبُّثُ الْمَرْأَةِ عِنْدَهُمَا.

(وَمَنْ قَالَ كُلُّ عَبْدٍ بَشْرَنِي بِوِلَادَةِ فُلَانَةٍ فَهُوَ حُرٌّ فَبَشْرُهُ ثَلَاثَةٌ مُتَفَرِّقِينَ عَتَقَ الْأَوَّلُ) لِأَنَّ الْبِشَارَةَ اسْمٌ لِحَبِيرٍ يُغَيَّرُ بِشَرَّةِ الْوَجْهِ، وَيُشْتَرَطُ كَوْنُهُ سَارًّا بِالْعُرْفِ، وَهَذَا إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ مِنَ الْأَوَّلِ (وَأِنْ بَشَرُوهُ مَعًا عَتَقُوا) لِأَنَّهَا تَحَقَّقَتْ مِنَ الْكُلِّ.

الشرح:

قَالَ: (وَمَنْ قَالَ كُلُّ عَبْدٍ بَشْرَنِي بِوِلَادَةِ فُلَانَةٍ) الْبِشَارَةُ اسْمٌ لِحَبِيرٍ غَابَ عَنْ الْمُخْبِرِ عِلْمُهُ وَقَدْ يَكُونُ بِالْخَيْرِ وَقَدْ يَكُونُ بِالشَّرِّ إِلَّا أَنَّهُ فِي الْعُرْفِ يُسْتَعْمَلُ فِيمَا يَسُرُّ وَيَنْفِي الْحُزْنَ وَيَتَحَقَّقُ مِنْ وَاحِدٍ فَأَكْثَرُ؛ فَإِذَا قَالَ كُلُّ عَبْدٍ بَشْرَنِي بِوِلَادَةِ فُلَانَةٍ (فَبَشْرُهُ ثَلَاثَةٌ) فَإِنْ أَخْبَرُوهُ مَعًا عَتَقُوا لِأَنَّ الْبِشَارَةَ حَصَلَتْ مِنْهُمْ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَدَشَرُوهُ بِغُلَامٍ عَلِيمٍ﴾ [الذاريات: ٢٨] وَإِنْ أَخْبَرُوا مُتَفَرِّقِينَ وَاحِدًا بَعْدَ وَاحِدٍ عَتَقَ الْأَوَّلُ لِأَنَّ الْبِشَارَةَ حَصَلَتْ مِنْهُ، وَيُعْضَدُهُ مَا رَوَى «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ مَرَّ بِابْنٍ مَسْعُودٍ وَهُوَ يَقْرَأُ الْقُرْآنَ فَقَالَ: مَنْ أَحَبَّ أَنْ يَقْرَأَ الْقُرْآنَ غَضًا طَرِيًّا كَمَا أُنْزِلَ فَلْيَقْرَأْهُ بِقِرَاءَةِ ابْنِ أُمِّ عَبْدِ، فَابْتَدَرَ إِلَيْهِ أَبُو بَكْرٍ وَعُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا لِلْبِشَارَةِ، فَسَبَقَ أَبُو بَكْرٍ عُمَرَ بِهَا، وَكَانَ ابْنُ مَسْعُودٍ إِذَا ذَكَرَ ذَلِكَ يَقُولُ بَشْرَنِي أَبُو بَكْرٍ وَأَخْبَرَنِي عُمَرُ» وَإِنْ قَالَ إِنْ اشْتَرَيْتُ فُلَانًا فَهُوَ حُرٌّ فَاشْتَرَاهُ يَنْوِي بِهِ كَفَّارَةَ يَمِينِهِ لَمْ يُجْزِهِ لِأَنَّ الشَّرْطَ: أَيْ شَرَطَ الْخُرُوجَ عَنْ عَهْدَةِ التَّكْفِيرِ قِرَانُ نِيَّةِ التَّكْفِيرِ بِعِلَةِ الْعِتْقِ وَهِيَ الْيَمِينُ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ وَلَمْ يُوجَدْ، وَإِنَّمَا وَجِدَ عِنْدَ الشَّرَاءِ وَهُوَ شَرَطُ الْعِتْقِ لَا عِلَّتُهُ فَلَا يَكُونُ مُفِيدًا، حَتَّى لَوْ كَانَتْ النِّيَّةُ مُقَارِنَةً لِلْيَمِينِ أَجْزَاهُ عَنِ الْكَفَّارَةِ، وَإِنْ اشْتَرَى أَبَاهُ يَنْوِي بِهِ كَفَّارَةَ يَمِينِهِ أَجْزَاهُ عِنْدَنَا خِلَافًا لِرُفْرِ وَالشَّافِعِيِّ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ الْأَوَّلُ. وَوَجْهُ قَوْلِهِمْ أَنَّ النِّيَّةَ تُشْتَرَطُ عِنْدَ الْعِلَةِ وَالشَّرَاءِ شَرَطُ الْعِتْقِ لَا عِلَّتُهُ، وَإِنَّمَا الْعِلَةُ هِيَ الْقَرَابَةُ فَلَا تُفِيدُ النِّيَّةَ عِنْدَ الشَّرَاءِ.

(وَلَوْ قَالَ إِنْ اشْتَرَيْتُ فُلَانًا فَهُوَ حُرٌّ فَاشْتَرَاهُ يَنْوِي بِهِ كَفَّارَةَ يَمِينِهِ لَمْ يَجُزْ) لِأَنَّ الشَّرْطَ قِرَانُ النِّيَّةِ بِعِلَةِ الْعِتْقِ وَهِيَ الْيَمِينُ، فَأَمَّا الشَّرَاءُ فَشَرَطُهُ (وَإِنْ اشْتَرَى أَبَاهُ يَنْوِي

عَنْ كَفَّارَةٍ يَمِينِهِ أَجْرَاهُ عِنْدَنَا) خِلَافًا لَزُفَرٍ وَالشَّافِعِيِّ. لَهُمَا أَنَّ الشِّرَاءَ شَرْطُ الْعِتْقِ، فَأَمَّا الْعِلَّةُ فَهِيَ الْقَرَابَةُ وَهَذَا لِأَنَّ الشِّرَاءَ إِثْبَاتُ الْمِلْكِ وَالْإِعْتِقَاقُ إِزَالَتُهُ وَبَيْنَهُمَا مُنَافَاةٌ. وَلَنَا أَنَّ شِرَاءَ الْقَرِيبِ إِعْتِقَاقٌ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَنْ يَجْزِيَ وَلَدٌ وَالِدَهُ إِلَّا أَنْ يَجِدَهُ مَمْلُوكًا فَيَشْتَرِيهِ فَيُعْتِقَهُ»^(١) جَعَلَ نَفْسَ الشِّرَاءِ إِعْتِقَاقًا لِأَنَّهُ لَا يُشْتَرِطُ غَيْرُهُ وَصَارَ نَظِيرُ قَوْلِهِ سَقَاهُ فَأَرَوَاهُ.

الشرح:

(وَهَذَا) أَيُّ كَوْنُ الشِّرَاءِ شَرْطًا لَا عِلَّةً لِأَنَّ الشِّرَاءَ إِثْبَاتُ الْمِلْكِ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَالْإِعْتِقَاقُ لَيْسَ إِثْبَاتًا لِلْمِلْكِ؛ لِأَنَّهُ إِزَالَتُهُ فَكَانَ بَيْنَهُمَا مُنَافَاةٌ فَلَا يَكُونُ الشِّرَاءُ إِعْتِقَاقًا. وَلَنَا أَنَّ شِرَاءَ الْقَرِيبِ إِعْتِقَاقٌ لِقَوْلِهِ ﷺ «لَنْ يَجْزِيَ وَلَدٌ وَالِدَهُ إِلَّا أَنْ يَجِدَهُ مَمْلُوكًا فَيَشْتَرِيهِ فَيُعْتِقَهُ» وَوَجْهُ الاسْتِدْلَالِ مَا ذَكَرَهُ بِقَوْلِهِ جَعَلَ نَفْسَ الشِّرَاءِ إِعْتِقَاقًا لِأَنَّهُ لَمْ يَشْتَرِطْ غَيْرَهُ. وَقَوْلُهُ (وَصَارَ نَظِيرُ قَوْلِهِ سَقَاهُ فَأَرَوَاهُ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ عَطَفَ الْإِعْتِقَاقُ عَلَى الشِّرَاءِ بِالْفَاءِ وَهُوَ يَقْتَضِي التَّرَاخِي بِزَمَانٍ فِي كَلَامِ الْعَرَبِ وَإِنْ لَطَفَ فَلَا يَكُونُ نَفْسُهُ. وَوَجْهُهُ أَنَّ الْفِعْلَ إِذَا عَطَفَ عَلَى فِعْلِ آخَرَ بِالْفَاءِ كَانَ الثَّانِي تَابِتًا بِالْأَوَّلِ فِي كَلَامِ الْعَرَبِ؛ يُقَالُ: ضَرَبْتُهُ فَأَوْجَعُهُ وَأَطْعَمْتُهُ فَأَشْبَعُهُ وَسَقَاهُ فَأَرَوَاهُ: أَيُّ بِذَلِكَ الْفِعْلُ لَا بَعِيرَهُ. وَفِيهِ بَحْثٌ وَهُوَ أَنَّ شِرَاءَ الْقَرِيبِ هَلْ يُثْبِتُ الْمِلْكَ لِلْمُشْتَرِي الْقَرِيبِ أَوْ لَا؟ فَإِنْ أَثْبَتَهُ لَا يُزِيلُهُ لِأَنَّ الْمُثْبِتَ بَعَيْنُهُ لَا يَكُونُ مُزِيلًا، وَإِنْ لَمْ يُثْبِتْهُ لَا يُعْتَقُ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ لَا عِتْقَ فِيمَا لَا يَمْلِكُهُ ابْنُ آدَمَ. لَا يُقَالُ: شِرَاءُ الْقَرِيبِ يُثْبِتُ الْمِلْكَ لَكِنْ ثُبُوتُ الْمِلْكِ فِي ثَقَرِيبِ إِعْتِقَاقٍ لِأَنَّ الْإِعْتِقَاقَ إِزَالَةُ الْمِلْكِ وَكَوْنُ ثُبُوتِ الشَّيْءِ إِزَالَةً لَهُ مُحَالٌ بِالْبَدِيهَةِ.

وَلَا يُقَالُ: شِرَاءُ الْقَرِيبِ إِعْتِقَاقٌ بِوَاسِطَةِ مُوجِبِهِ وَهُوَ ثُبُوتُ الْمِلْكِ لِأَنَّهُ أَشَدُّ اسْتِحَالَةً لِأَنَّهُ يَلْزَمُ أَنْ يَكُونَ مُثْبِتُ الشَّيْءِ وَنَفْسُ ثُبُوتِهِ إِزَالَةً لَهُ. وَالْجَوَابُ أَنَّ قَوْلَهُمْ ثُبُوتُ الْمِلْكِ فِي الْقَرِيبِ إِعْتِقَاقٌ مَعْنَاهُ أَنَّ الشَّرْعَ أَخْرَجَ الْقَرِيبَ عَنْ مَحَلِّيَةِ الْمِلْكِ بَقَاءً كَمَا أَنَّهُ أَخْرَجَ الْحُرَّ عَنْ مَحَلِّيَتِهِ ابْتِدَاءً وَبَقَاءً، وَهَذَا لِأَنَّ الْعِتْقَ لَا يَقَعُ إِلَّا فِي الْمِلْكِ، فَلَوْ لَمْ يَقُلْ ثُبُوتُ الْمِلْكِ ابْتِدَاءً لَمْ يَتَصَوَّرْ زَوَالُهُ، وَمَنْ قَالَ لِأُمَّةٍ قَدْ اسْتَوْلَدَهَا بِالنِّكَاحِ إِنْ اشْتَرَيْتُكَ فَأَنْتِ حُرَّةٌ عَنْ كَفَّارَةِ يَمِينِي فَإِنَّهَا تُعْتَقُ لَوْجُودِ الشَّرْطِ، وَلَا يَجْزِيهِ عَنْ

(١) أخرجه مسلم في العتق (٢٥).

الْكَفَّارَةَ لِأَنَّ حُرِّيَّتَهَا مُسْتَحَقَّةٌ بِالْاِسْتِيلَادِ فَلَا تُضَافُ إِلَى الْيَمِينِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ، وَالْوَاجِبُ بِالْيَمِينِ مَا يَسْتَحِقُّ حُرِّيَّتَهُ بِهَا مِنْ كُلِّ وَجْهِ. وَلَقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: الْقَرِيبُ مُسْتَحِقٌّ لِلْعَتَقِ بِالْقَرَابَةِ كَمَا أَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ مُسْتَحَقَّةٌ لَهُ بِالْاِسْتِيلَادِ فَمَا بَالُهَا لَمْ تُعْتَقَ إِذَا اشْتَرَاهَا بِنَيْةِ الْكَفَّارَةِ بَعْدَ التَّغْلِيْقِ كَمَا عَتَقَ الْقَرِيبُ. وَالْجَوَابُ أَنَّ الْاِسْتِيلَادَ فِعْلٌ اخْتِيَارِيٌّ مِنْ جِهَةِ الْمُسْتَوْلَدِ فَكَانَتْ الْحُرِّيَّةُ مِنْ جِهَتَيْنِ: جِهَةِ الْاِسْتِيلَادِ وَالشِّرَاءِ فَلَمْ يَقَعْ عَنِ الْكَفَّارَةِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ، بِخِلَافِ الْقَرَابَةِ فَإِنَّهَا لَيْسَتْ كَذَلِكَ فَلَمْ يَكُنْ مِنْ جِهَةِ الْقَرِيبِ جِهَةً فِي حُرِّيَّتِهِ سِوَى الشِّرَاءِ، فَإِذَا اشْتَرَاهُ نَاوِيًا لِلْكَفَّارَةِ كَانَتْ الْحُرِّيَّةُ عَنِ الْكَفَّارَةِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ. وَلَوْ اشْتَرَى أُمَّ وَلَدِهِ لَمْ يَجِزْهُ) وَمَعْنَى هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَنْ يَقُولَ لَأَمَةٍ قَدْ اسْتَوْلَدَهَا بِالنِّكَاحِ: إِنْ اشْتَرَيْتُكَ فَأَنْتِ حُرَّةٌ عَنِ كَفَّارَةِ يَمِينِي ثُمَّ اشْتَرَاهَا فَإِنَّهَا تُعْتَقُ لَوْجُودِ الشَّرْطِ وَلَا يَجِزِيهِ عَنِ الْكَفَّارَةِ لِأَنَّ حُرِّيَّتَهَا مُسْتَحَقَّةٌ بِالْاِسْتِيلَادِ فَلَا تُضَافُ إِلَى الْيَمِينِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ لِقَتْنَةٍ إِنْ اشْتَرَيْتُكَ فَأَنْتِ حُرَّةٌ عَنِ كَفَّارَةِ يَمِينِي حَيْثُ يَجِزِيهِ عَنْهَا إِذَا اشْتَرَاهَا لِأَنَّ حُرِّيَّتَهَا غَيْرُ مُسْتَحَقَّةٍ بِجِهَةٍ أُخْرَى فَلَمْ تَخْتَلِ الْإِضَافَةُ إِلَى الْيَمِينِ وَقَدْ قَارَنْتَهُ النَّيَّةُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ مَا إِذَا) (قَالَ لِقَتْنَةُ) ظَاهِرٌ.

(وَمَنْ) (قَالَ إِنْ تَسَرَّيْتُ جَارِيَةً فَهِيَ حُرَّةٌ) فَتَسَرَّى جَارِيَةً كَانَتْ فِي مِلْكِهِ عَتَقَتْ لِأَنَّ الْيَمِينَ انْعَقَدَتْ فِي حَقِّهَا لِمَصَادَفَتِهَا الْمَلِكَ وَهَذَا لِأَنَّ الْجَارِيَةَ مُنْكَرَةٌ فِي هَذَا الشَّرْطِ فَتَتَنَاولُ كُلَّ جَارِيَةٍ عَلَى الْاِنْفِرَادِ (وَإِنْ اشْتَرَى جَارِيَةً فَتَسَرَّاهَا لَمْ تُعْتَقَ) خِلَافًا لِرُفْرٍ فَإِنَّهُ يَقُولُ: التَّسَرَّى لَا يَصِحُّ إِلَّا فِي الْمَلِكِ فَكَانَ ذِكْرُهُ ذِكْرَ الْمَلِكِ وَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ لِأَجْنَبِيَّةٍ إِنْ طَلَقْتُكَ فَعَبْدِي حُرٌّ يَصِيرُ التَّزْوُجُ مَذْكُورًا. وَلَنَا أَنَّ الْمَلِكَ يَصِيرُ مَذْكُورًا ضَرُورَةً صِحَّةَ التَّسَرَّى وَهُوَ شَرْطٌ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِهِ وَلَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ صِحَّةِ الْجَزَاءِ وَهُوَ الْحُرِّيَّةُ، وَفِي مَسْأَلَةِ الطَّلَاقِ إِنَّمَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ الشَّرْطِ دُونَ الْجَزَاءِ، حَتَّى لَوْ قَالَ لَهَا إِنْ طَلَقْتُكَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا فَتَزَوَّجَهَا وَطَلَقَهَا وَاحِدَةً لَا تَطْلُقُ ثَلَاثًا فَهَذِهِ وَزَانُ مَسْأَلَتِنَا.

الشرح:

قَالَ: (وَمَنْ قَالَ إِنْ تَسَرَّيْتُ جَارِيَةً فَهِيَ حُرَّةٌ) مَعْنَى تَسَرَّيْتُ اتَّخَذْتُ سُرِّيَّةً،

وَهِيَ فَعْلِيَّةٌ مَنْسُوبَةٌ إِلَى السَّرِّ وَهُوَ الْجِمَاعُ أَوْ الْإِخْفَاءُ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ يُسَرُّهُ، وَإِنَّمَا ضُمَّتْ سَيْنُهُ لِأَنَّ الْأَبْنِيَّةَ قَدْ تَنَغَّيَّرَ فِي النِّسْبَةِ كَمَا قَالُوا فِي النِّسْبَةِ إِلَى الدَّهْرِ دُهُرِيٌّ بِضَمِّ الدَّالِّ لِلْمُعَمَّرِ. وَالتَّسْرِيَّ عِبَارَةٌ عَنِ التَّحْصِينِ وَالْجِمَاعِ طَلَبُ الْوَلَدِ أَوْ لَمْ يَطْلُبْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا بُدَّ مِنْ طَلَبِ الْوَلَدِ مَعَ ذَلِكَ حَتَّى لَوْ وَطَّعَهَا وَعَزَلَ عَنْهَا لَا يَكُونُ تَسْرِيًّا عِنْدَهُ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ لَمْ يَسْتَلْزِمُ مِلْكَ الرِّقَبَةِ، وَإِنَّمَا يَسْتَلْزِمُ مِلْكَ الْمُتَعَةِ سَوَاءً كَانَ بِالنِّكَاحِ أَوْ بِمِلْكِ الرِّقَبَةِ، فَإِذَا قَالَ إِنْ تَسْرَيْتَ جَارِيَةً فَهِيَ حُرَّةٌ (فَتَسْرِي جَارِيَةً كَانَتْ فِي مِلْكِهِ عَقَقَتْ لِأَنَّ الْيَمِينَ انْعَقَدَتْ فِي حَقِّهَا لِمَصَادَفَتِهَا الْمَلِكِ) وَكُلُّ مَا انْعَقَدَ فِي حَقِّهِ الْيَمِينُ إِذَا وَجَدَ الشَّرْطُ فِيهِ يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ الْجَزَاءُ. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا لِأَنَّ الْجَارِيَةَ تَوْضِيحٌ لِانْعِقَادِ الْيَمِينِ فِي حَقِّهَا (وَإِنْ اشْتَرَى جَارِيَةً فَتَسَرَّاهَا لَمْ تُعْتَقْ خِلَافًا لَزُفْرِ فَإِنَّهُ يَقُولُ: التَّسْرِي لَا يَصِحُّ إِلَّا فِي الْمَلِكِ، فَكَانَ ذِكْرُهُ ذِكْرُ الْمَلِكِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ لِأَجْنَبِيَّةٍ إِنْ طَلَقْتِكَ فَعَبْدِي حُرٌّ يَصِيرُ التَّزْوُجُ مَذْكُورًا).

فَإِنْ قِيلَ: هَذَا قَوْلٌ بِالْاِقْتِضَاءِ وَزُفْرٌ لَا يَقُولُ بِالْاِقْتِضَاءِ. أُجِيبَ بِأَنَّ اثْبَاتَ الْمَلِكِ هَاهُنَا بِدَلَالَةِ اللَّفْظِ لَا بِالْاِقْتِضَاءِ، وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الثَّابِتَ دَلَالَةٌ مَا يَكُونُ مَفْهُومًا مِنَ اللَّفْظِ بِلَا تَأْمُلٍ وَاجْتِهَادٍ كَمَا كَانَ النِّهْيُ عَنِ الضَّرْبِ وَالشَّتْمِ وَسَائِرِ الْأَفْعَالِ الْمُؤْذِيَةِ مَفْهُومًا مِنَ النِّهْيِ عَنِ التَّأْفِيفِ، وَلَا كَذَلِكَ الْمُقْتَضَى لِأَنَّ الْمُقْتَضَى لَا يُفْهَمُ مِنْ ذِكْرِ الْمُقْتَضَى، ثُمَّ إِذَا قِيلَ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ عِنْدَ فُلَانٍ سُرِّيَّةٌ يُرَادُ بِهَا جَارِيَةٌ مَمْلُوكَةٌ مِنْ غَيْرِ تَأْمُلٍ، فَلَمَّا كَانَ الْمَلِكُ مَفْهُومًا مِنَ التَّسْرِيِّ بِلَا تَأْمُلٍ وَاجْتِهَادٍ كَانَ الْمَلِكُ ثَابِتًا بِطَرِيقِ الدَّلَالَةِ لَا بِطَرِيقِ الْاِقْتِضَاءِ، هَكَذَا ذَكَرَهُ صَاحِبُ النِّهَايَةِ وَبَقِيَّةُ الشَّارِحِينَ.

وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ الثَّابِتَ بِالدَّلَالَةِ هُوَ مَا يَكُونُ بِطَرِيقِ الْخَلْقِ صُورَةً بِأُخْرَى بِأَمْرِ جَامِعٍ كَالضَّرْبِ الْمُلْحَقِ بِالتَّأْفِيفِ بِوَاسِطَةِ الْأَذَى؛ وَلِهَذَا ذَهَبَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا وَأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ إِلَى أَنَّ الدَّلَالَةَ قِيَاسٌ لَوْجُودِ أَصْلٍ وَفَرْعٍ وَعِلَّةٍ جَامِعَةٍ بَيْنَهُمَا، وَالْمَلِكُ مِنَ التَّسْرِيِّ لَيْسَ كَذَلِكَ.

وَأَقُولُ: هَذَا اللَّفْظُ يُسْتَعْمَلُ فِي الْعُرْفِ بِمَعْنَى إِنْ وَطَّعْتَ مَمْلُوكَةً لِي فَكَانَتْ الدَّلَالَةُ بِطَرِيقِ الْعِبَارَةِ مَجَازًا. أَوْ نَقُولُ هَذَا الْحُكْمُ إِذَا ثَبَتَ عَنْ زُفْرِ وَلَمْ يَقُلْ بِالْاِقْتِضَاءِ كَانَ مُتَنَاقِضًا فَكُنْهِيًا مَثُونَةً الْجِدَالِ مَعَهُ (وَلَنَا أَنَّ الْمَلِكَ يَصِيرُ مَذْكُورًا ضَرُورَةً صِحَّةِ

التَّسْرِي) وَتَقْرِيرُهُ: سَلَمْنَا أَنَّ ذِكْرَهُ ذَكَرُ الْمَلِكِ، وَلَكِنْ بِطَرِيقِ الْاِقْتِضَاءِ ضَرُورَةُ صِحَّةِ التَّسْرِي لَكَوْنِهِ شَرْطًا، وَمَا ثَبِتُ بِالضَّرُورَةِ يَتَقَدَّرُ بِقَدَرِهَا (وَلَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ صِحَّةِ الْجَزَاءِ وَهُوَ الْحُرِّيَّةُ) لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنْ لَوَازِمِ الْمَلِكِ الثَّابِتِ اِقْتِضَاءُ وَقَوْلُهُ (وَفِي مَسْأَلَةِ الطَّلَاقِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ كَمَا إِذَا قَالَ لِأَجْنَبِيَّةٍ.

وَتَقْرِيرُهُ مَا ذَكَرْتُ مِنَ الْمَسْأَلَةِ الْمَذْكُورَةِ فَلَا مُرُ فِيهِ كَذَلِكَ لِأَنَّهُ ثَبِتَ فِيهَا مِلْكُ النِّكَاحِ ضَرُورَةُ صِحَّةِ الشَّرْطِ الَّذِي هُوَ الطَّلَاقُ وَلَا يَتَعَدَّى إِلَى صِحَّةِ الْجَزَاءِ (حَتَّى لَوْ قَالَ لَهَا إِنْ طَلَقْتُكَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا فَتَزَوَّجْهَا وَطَلَقَهَا لَا تَطْلُقُ ثَلَاثًا فَهَذِهِ وَزَانُ مَسْأَلَتِنَا) مِنْ حَيْثُ إِنْ فِي كُلِّ مِنْهُمَا ثَبِتَ شَرْطُ الشَّرْطِ لَصِحَّةُ الشَّرْطِ وَلَا يَتَعَدَّى إِلَى صِحَّةِ الْجَزَاءِ، وَأَمَّا وَزَانُ مَسْأَلَةِ زُفَرٍ فَهُوَ أَنْ يَقُولَ إِنْ تَسَرَّيْتُ جَارِيَةً فَعَبْدِي حُرٌّ فَاشْتَرَى جَارِيَةً فَتَسَرَّى بِهَا عَتَقَ الْعَبْدَ لِقِيَامِ الْمَلِكِ فِي الْحَالِ فِي الْعَبْدِ فَيَصِحُّ تَعْلِيْقُ عِتْقِهِ بِشَرْطِ سَيُوجَدُ.

(وَمَنْ قَالَ كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي حُرٌّ تُعْتَقَ أُمَّهَاتُ أَوْلَادِهِ وَمُدَبَّرُوهُ وَعَبِيدُهُ) لَوْجُودِ الْإِضَافَةِ الْمُطْلَقَةِ فِي هَؤُلَاءِ، إِذَا الْمَلِكُ ثَابِتٌ فِيهِمْ رَقَبَةٌ وَيَدًا (وَلَا يُعْتَقُ مَكَاتِبُوهُ إِلَّا أَنْ يَنْوِيَهُمْ) لِأَنَّ الْمَلِكَ غَيْرُ ثَابِتٍ يَدًا وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُ أَكْسَابُهُ وَلَا يَحِلُّ لَهُ وَطْءُ الْمَكَاتِبَةِ، بِخِلَافِ أُمِّ الْوَلَدِ وَالْمُدَبِّرَةِ فَاخْتَلَتْ الْإِضَافَةُ فَلَا بُدَّ مِنَ النِّيَّةِ.

الشرح:

(وَمَنْ قَالَ كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي حُرٌّ عَتَقَ أُمَّهَاتُ أَوْلَادِهِ وَمُدَبَّرُوهُ وَعَبِيدُهُ) لَوْجُودِ الْإِضَافَةِ الْمُطْلَقَةِ فِي هَؤُلَاءِ، يَعْنِي أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْ هَؤُلَاءِ فِي الْإِضَافَةِ إِلَى نَفْسِهِ بِقَوْلِهِ لِي كَامِلٌ (إِذَا الْمَلِكُ ثَابِتٌ فِيهِمْ رَقَبَةٌ وَيَدًا) وَإِذَا كَانَ الْمَلِكُ كَذَلِكَ دَخَلُوا تَحْتَ كَلِمَةِ كُلِّ فَيُعْتَقُونَ، وَإِنْ قَالَ أَرَدْتُ الرِّجَالَ خَاصَّةً صَدَقَ دِيَانَةُ خَاصَّةً، أَمَّا تَصَدِيقُهُ دِيَانَةً فَلَأَنَّ لَفْظَ الْمَمْلُوكِ وَضِعَ لِلْمَذْكُورِ، وَأَمَّا عَدَمُ تَصَدِيقِهِ قَضَاءً فَلَأَنَّهُمْ عِنْدَ الْاِخْتِلَاطِ يُسْتَعْمَلُ فِيهِمْ لَفْظُ الْمَذْكُورِ عَرَفًا، وَلَوْ نَوَى الْإِنَاثَ لَعَتَ نِيَّتُهُ، وَإِنْ قَالَ لَمْ أَتَوِ الْمُدَبِّرِينَ لَمْ يَصْدُقْ فِي الْقَضَاءِ عَلَى رِوَايَةِ كِتَابِ الْعَتَاقِ وَلَمْ يَصْدُقْ لَا قَضَاءً وَلَا دِيَانَةً عَلَى رِوَايَةِ كِتَابِ الْأَيْمَانِ فَفِيهِ رِوَايَتَانِ (وَلَا يُعْتَقُ مَكَاتِبُوهُ إِلَّا أَنْ يَنْوِيَهُمْ لِأَنَّ الْمَلِكَ غَيْرُ ثَابِتٍ يَدًا وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُ أَكْسَابُهُ وَلَا يَحِلُّ لَهُ وَطْءُ) الْأَمَةِ (الْمَكَاتِبَةِ) فَكَانَ الْمَكَاتِبُ مَمْلُوكًا مِنْ وَجْهِ دُونَ

وَجِهٍ (بِخِلَافِ أُمِّ الْوَلَدِ وَالْمُدَبَّرَةِ فَاخْتَلَتْ الْإِضَافَةُ فَلَا بُدَّ مِنَ النِّيَّةِ).

(وَمَنْ قَالَ لِنِسْوَةٍ لَهُ هَذِهِ طَالِقٌ أَوْ هَذِهِ طَالِقَةٌ وَهَذِهِ طَالِقَتٌ الْأَخِيرَةُ وَلَهُ الْخِيَارُ فِي الْأَوَّلَيْنِ) لِأَنَّ كَلِمَةَ أَوْ لِإِثْبَاتِ أَحَدِ الْمَذْكُورَيْنِ وَقَدْ أَدْخَلَهَا بَيْنَ الْأَوَّلَيْنِ ثُمَّ عَطَفَ الثَّالِثَةَ عَلَى الْمُطْلَقَةِ لِأَنَّ الْعَطْفَ لِلْمُشَارَكَةِ فِي الْحُكْمِ فَيَخْتَصُّ بِمَحَلِّهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ إِحْدَاكُمَا طَالِقٌ وَهَذِهِ (وَكَذَا إِذَا قَالَ لِعَبِيدِهِ هَذَا حُرٌّ أَوْ هَذَا وَهَذَا عَتَقَ الْأَخِيرُ وَلَهُ الْخِيَارُ فِي الْأَوَّلَيْنِ) لَمَّا بَيَّنَّا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ قَالَ لِنِسْوَةٍ لَهُ هَذِهِ طَالِقٌ أَوْ هَذِهِ وَهَذِهِ) عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (فَيَخْتَصُّ بِمَحَلِّهِ) أَيُّ بِمَحَلِّ الْحُكْمِ وَهِيَ الْمُطْلَقَةُ لِأَنَّ الْكَلَامَ سَبَقَ لِإِقْبَاعِ الطَّلَاقِ. وَاعْتَرَضَ بِأَنَّ الْعَطْفَ كَمَا يَصِحُّ عَلَى مَنْ وَقَعَ عَلَيْهِ الْحُكْمُ يَصِحُّ أَيْضًا عَلَى مَنْ لَمْ يَقَعْ عَلَيْهِ الْحُكْمُ، وَالْأَصْلُ عَدَمُ الْحُكْمِ فَيُعْطَفُ عَلَى مَنْ لَمْ يَقَعْ عَلَيْهِ الْحُكْمُ كَمَا فِي قَوْلِهِ وَاللَّهُ لَا أَكْلَمُ فُلَانًا أَوْ فُلَانًا وَفُلَانًا، فَإِنَّهُ إِنْ كَلَّمَ الْأَوَّلَ حَنْثٌ، وَإِنْ كَلَّمَ أَحَدَ الْآخَرَيْنِ لَا يَحْنُ حَتَّى يُكَلِّمَهُمَا، وَيَكُونُ الثَّالِثُ مَعْطُوفًا عَلَى الثَّانِي الَّذِي لَمْ يَقَعْ عَلَيْهِ الْحُكْمُ مُتَّفِرِدًا وَهَذَا لِأَنَّ الْجَمْعَ بِحَرْفِ الْجَمْعِ كَالْجَمْعِ بِلَفْظِ الْجَمْعِ فَصَارَ كَأَنَّهُ قَالَ هَذِهِ طَالِقٌ أَوْ هَاتَانِ فَحِينَئِذٍ كَانَ هُوَ مُخِيرًا فِي الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ، إِنْ شَاءَ أَوْقَعَ عَلَى الْأَوَّلَى، وَإِنْ شَاءَ أَوْقَعَ عَلَى الْآخَرَتَيْنِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ هَذَا الَّذِي ذَكَرْتَهُ هُوَ رَوَايَةُ ابْنِ سِمَاعَةَ عَنْ مُحَمَّدٍ، فَأَمَّا الَّذِي ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ فَهُوَ ظَاهِرُ الرُّوَايَةِ.

وَالْفَرْقُ بَيْنَ جَوَابِ ظَاهِرِ الرُّوَايَةِ فِي الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ وَبَيْنَ قَوْلِهِ وَاللَّهُ لَا أَكْلَمُ فُلَانًا أَوْ فُلَانًا وَفُلَانًا فِي أَنَّ الثَّالِثَ مَعْطُوفٌ عَلَى الثَّانِي الَّذِي لَمْ يَقَعْ عَلَيْهِ الْحُكْمُ، وَهُوَ مَسْأَلَةُ الْجَامِعِ هُوَ أَنَّ كَلِمَةَ أَوْ إِذَا دَخَلَتْ بَيْنَ شَيْئَيْنِ تَتَنَاوَلُ أَحَدَهُمَا نَكْرَةً، إِلَّا أَنْ فِي الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ الْمَوْضِعُ الْمَوْضِعُ الْإِثْبَاتِ، وَالنَّكْرَةُ فِي مَوْضِعِ الْإِثْبَاتِ تَخْصُ فَتَتَنَاوَلُ أَحَدَهُمَا، فَإِذَا عَطَفَ الثَّالِثُ عَلَى أَحَدِهِمَا صَارَ كَأَنَّهُ قَالَ إِحْدَاكُمَا طَالِقٌ وَهَذِهِ، وَلَوْ نَصَّ عَلَى هَذَا كَانَ الْحُكْمُ مَا قُلْنَا، أَمَّا فِي مَسْأَلَةِ الْجَامِعِ فَالْمَوْضِعُ الْمَوْضِعُ التَّفْيِ وَهِيَ فِيهِ نَعْمُ كَقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَلَا تُطْعَمُ مِنْهُمْ عَائِمًا أَوْ كَفُورًا﴾ [الإنسان: ٢٤] فَصَارَ كَأَنَّهُ قَالَ

وَاللّٰهُ لَا أَكْلَمُ فَلَانَا وَلَا فَلَانَا، فَلَمَّا ذَكَرَ الثَّلَاثَ بِحَرْفِ الْوَائِ صَارَ كَأَنَّهُ قَالَ أَوْ هَذَيْنِ، وَلَوْ نَصَّ عَلَى هَذَا كَانَ الْحُكْمُ هَكَذَا فَكَذَا هَاهُنَا.

بَابُ الْيَمِينِ فِي الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَالتَّزْوِجِ وَغَيْرِ ذَلِكَ

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَبِيعُ أَوْ لَا يَشْتَرِي أَوْ لَا يُؤَاجِرُ فَوَكَّلَ مَنْ فَعَلَ ذَلِكَ لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّ الْعَقْدَ وَجَدَ لَهُ مِنَ الْعَاقِدِ حَتَّى كَانَتْ الْحُقُوقُ عَلَيْهِ، وَلِهَذَا لَوْ كَانَ الْعَاقِدُ هُوَ الْحَالِفُ يَحْنَثُ فِي يَمِينِهِ فَلَمْ يَوْجَدْ مَا هُوَ الشَّرْطُ وَهُوَ الْعَقْدُ مِنَ الْأَمْرِ، وَإِنَّمَا الثَّابِتُ لَهُ حُكْمُ الْعَقْدِ إِلَّا أَنْ يَنْوِيَ ذَلِكَ لِأَنَّ فِيهِ تَشْدِيدًا أَوْ يَكُونُ الْحَالِفُ ذَا سُلْطَانٍ لَا يَتَوَلَّى الْعَقْدَ بِنَفْسِهِ لِأَنَّهُ يَمْنَعُ نَفْسَهُ عَمَّا يَعْتَادُهُ

الشرح:

(بَابُ الْيَمِينِ فِي الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَالتَّزْوِجِ وَغَيْرِ ذَلِكَ): يُرِيدُ بِغَيْرِ ذَلِكَ الطَّلَاقَ وَالْعَتَاقَ وَالضَّرْبَ، وَهَذِهِ التَّصَرُّفَاتُ فِي الْأَيْمَانِ كَثِيرَةُ الْوُقُوعِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَا بَعْدَهُ فَلِذَلِكَ قَدَّمَهُ.

قَالَ فِي النَّهَايَةِ: ثُمَّ الضَّابِطُ فِي هَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ لِأَصْحَابِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ فِيمَا يَحْنَثُ بِفِعْلِ الْمَأْمُورِ، وَفِيمَا لَا يَحْنَثُ شَيْئَانِ:

أَحَدُهُمَا أَنْ كُلَّ فِعْلٍ تَرْجِعُ الْحُقُوقُ فِيهِ إِلَى الْمُبَاشِرِ، فَالْحَالِفُ لَا يَحْنَثُ بِمُبَاشَرَةِ الْمَأْمُورِ، وَكُلُّ فِعْلٍ تَرْجِعُ الْحُقُوقُ فِيهِ إِلَى مَنْ وَقَعَ حُكْمُ الْفِعْلِ لَهُ يَحْنَثُ.

وَالثَّانِي أَنْ كُلَّ فِعْلٍ يَحْتَمِلُ حُكْمُهُ الْإِثْقَالَ إِلَى غَيْرِهِ، فَالْحَالِفُ فِيهِ لَا يَحْنَثُ بِمُبَاشَرَةِ الْمَأْمُورِ، وَكُلُّ فِعْلٍ لَا يَحْتَمِلُ ذَلِكَ يَحْنَثُ. قِيلَ وَكُلُّ مَا يَسْتَعْنِي الْمَأْمُورُ فِي مُبَاشَرَتِهِ عَنْ إِضَافَتِهِ إِلَى الْأَمْرِ فَالْأَمْرُ لَا يَحْنَثُ بِمُبَاشَرَةِ الْمَأْمُورِ، وَإِنْ كَانَ لَا يَسْتَعْنِي عَنْ هَذِهِ الْإِضَافَةِ يَحْنَثُ.

وَالْفَقْهُ فِي ذَلِكَ أَنَّ الْعَقْدَ مَتَى رَجَعَتْ حُقُوقُهُ إِلَى مَنْ وَقَعَ حُكْمُ الْعَقْدِ لَهُ فَمَقْصُودُ الْحَالِفِ مِنَ الْحَلْفِ التَّوَقُّيُّ عَنْ حُكْمِ الْعَقْدِ لَهُ وَعَنْ حُقُوقِهِ وَكِلَاهُمَا يَرْجِعَانِ إِلَيْهِ، وَمَتَى رَجَعَتْ حُقُوقُهُ إِلَى الْعَاقِدِ لَا إِلَى مَنْ وَقَعَ حُكْمُ الْعَقْدِ لَهُ فَمَقْصُودُهُ مِنَ الْحَلْفِ التَّوَقُّيُّ مِنْ رُجُوعِ الْحُقُوقِ إِلَيْهِ وَهِيَ لَا تَرْجِعُ إِلَيْهِ فَلَا يَحْنَثُ.

ثُمَّ مِمَّا يَحْنَثُ الْحَالِفُ بِمُبَاشَرَةِ الْمَأْمُورِ بِهِ النِّكَاحُ وَالصُّلْحُ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ

وَالطَّلَاقُ وَالْعَتَاقُ وَالْهَبَةُ وَالصَّدَقَةُ وَالْقَرْضُ وَالِاسْتِقْرَاضُ وَضَرْبُ الْعَبْدِ وَالذَّبْحُ وَالْإِبْدَاعُ وَقَبُولُ الْوَدِيعَةِ وَالْإِعَارَةُ وَالِاسْتِعَارَةُ وَخِيَاطَةُ الثَّوبِ وَالْبِنَاءُ، فَإِنَّ الْحَالِفَ كَمَا يَحْتَثُ فِيهَا بِفِعْلٍ نَفْسِهِ يَحْتَثُ أَيْضًا بِفِعْلِ الْمَأْمُورِ.

وَأَمَّا مَا لَا يَحْتَثُ الْحَالِفُ بِمُبَاشَرَةِ الْمَأْمُورِ بِهِ فَهُوَ الْبَيْعُ وَالشِّرَاءُ وَالْإِجَارَةُ وَالِاسْتِجَارَةُ وَالصَّلُحُ عَنِ الْمَالِ وَكَذَلِكَ الْقِسْمَةُ، وَمِنْ الْمَشَايخِ مَنْ أَلْحَقَ الْحَصُومَةَ بِهَذَا الْقِسْمِ. وَإِذَا عُرِفَ هَذَا ظَهَرَ مَعْنَى كَلَامِهِ إِلَّا أَلْفَاظًا تُنبِئُهُ عَلَيْهَا.

وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنْ يَنْوِي) اسْتِثْنَاءٌ مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ فَوَكَّلَ مَنْ فَعَلَ ذَلِكَ لَمْ يَحْتَثْ: أَيُّ إِلَّا أَنْ يَنْوِي أَنْ لَا يَأْمُرَ غَيْرَهُ أَيْضًا فَحَيْثُ يَحْتَثُ.

وَقَوْلُهُ (أَوْ يَكُونُ الْحَالِفُ ذَا سُلْطَانٍ) يَعْنِي إِذَا بَاشَرَهُ الْمَأْمُورُ حَثَّ لِأَنَّ مَقْصُودَهُ مِنَ الْيَمِينِ مَنَعُ نَفْسِهِ عَمَّا هُوَ مُعْتَادُهُ وَمُعْتَادُهُ الْأَمْرُ لِلغَيْرِ، فَلَمَّا أَمَرَ غَيْرَهُ وَقَعَلَ الْمَأْمُورَ حَثَّ، وَمَعَ ذَلِكَ لَوْ فَعَلَهُ بِنَفْسِهِ حَثَّ أَيْضًا لَوْجُودِ الْبَيْعِ مِنْهُ حَقِيقَةً.

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَتَزَوَّجُ أَوْ لَا يُطَلِّقُ أَوْ لَا يُعْتِقُ فَوَكَّلَ بِذَلِكَ حَثً) لِأَنَّ الْوَكِيلَ فِي هَذَا سَفِيرٌ وَمُعَبَّرٌ وَهَذَا لَا يُضَيِّفُهُ إِلَى نَفْسِهِ بَلْ إِلَى الْأَمْرِ، وَحَقُوقُ الْعَقْدِ تَرْجِعُ إِلَى الْأَمْرِ لَا إِلَيْهِ (وَلَوْ قَالَ عَنَيْتُ أَنْ لَا أَتَكَلَّمَ بِهِ لَمْ يَدِينْ فِي الْقَضَاءِ خَاصَّةً) وَسَنُشِيرُ إِلَى الْمَعْنَى فِي الْفَرْقِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

(لَوْ حَلَفَ لَا يَضْرِبُ عَبْدَهُ أَوْ لَا يَذْبَحُ شَاتَهُ فَأَمَرَ غَيْرَهُ فَفَعَلَ يَحْتَثُ فِي يَمِينِهِ) لِأَنَّ الْمَالِكَ لَهُ وَلَايَةٌ ضَرْبُ عَبْدِهِ وَذَبْحُ شَاتِهِ فَيَمْلِكُ تَوَلِيَّتَهُ غَيْرَهُ ثُمَّ مَنْفَعَتُهُ رَاجِعَةٌ إِلَى الْأَمْرِ فَيَجْعَلُ هُوَ مُبَاشِرًا إِذْ لَا حَقُوقَ لَهُ تَرْجِعُ إِلَى الْمَأْمُورِ (وَلَوْ قَالَ عَنَيْتُ أَنْ لَا أَتَوَلَّى ذَلِكَ بِنَفْسِي دِينَ فِي الْقَضَاءِ) بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ مِنَ الطَّلَاقِ وَغَيْرِهِ. وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ الطَّلَاقَ لَيْسَ إِلَّا تَكَلُّمًا بِكَلَامٍ يُفْضِي إِلَى وَفُوعِ الطَّلَاقِ عَلَيْهَا، وَالْأَمْرُ بِذَلِكَ مِثْلُ التَّكَلُّمِ بِهِ وَاللَّفْظُ يَنْتَظِمُهُمَا، فَإِذَا نَوَى التَّكَلُّمَ بِهِ فَقَدْ نَوَى الْخُصُوصَ فِي الْعَامِّ فَيَدِينُ دِيَانَةً لَا قَضَاءَ أَمَّا الذَّبْحُ وَالضَّرْبُ فَفِعْلٌ حِسِّيٌّ يَعْرِفُ بِأَثَرِهِ، وَالنَّسَبَةُ إِلَى الْأَمْرِ بِالنَّسَبِيبِ مَجَازٌ، فَإِذَا نَوَى الْفِعْلَ بِنَفْسِهِ فَقَدْ نَوَى الْحَقِيقَةَ فَيَصْدُقُ دِيَانَةً وَقَضَاءً.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ الْمَالِكَ لَهُ وَلَايَةٌ ضَرْبُ عَبْدِهِ) يُلَوِّحُ إِلَى أَنَّهُ لَوْ أَمَرَ غَيْرَهُ بِضَرْبِ حُرٍّ

وَقَدْ حَلَفَ عَلَى ضَرْبِهِ فَضْرَبَهُ الْمَأْمُورُ لَمْ يَحْنَثْ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَيْهِ فَلَا يُعْتَبَرُ أَمْرُهُ فِيهِ. وَقَوْلُهُ (وَوَجْهَ الْفَرْقِ) هُوَ الْفَرْقُ الْمَوْعُودُ بِقَوْلِهِ سُنْشِيرُ.

وَحَاصِلُهُ أَنَّهُ إِذَا تَوَى الْخُصُوصَ فِي الْعُمُومِ يَصْدُقُ دِيَانَةٌ لَا قَضَاءٌ لِأَنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ، وَفِيهِ تَخْفِيفٌ عَلَيْهِ. وَإِذَا تَوَى الْحَقِيقَةَ الْمُسْتَعْمَلَةَ صَدَقَ قَضَاءٌ وَدِيَانَةٌ، وَإِنْ كَانَ فِي ذَلِكَ تَخْفِيفٌ عَلَيْهِ لِأَنَّ الْكَلَامَ يُصْرَفُ إِلَى حَقِيقَتِهِ بِغَيْرِ نِيَّةٍ؛ فَإِذَا وَجِدَتْ النِّيَّةُ كَانَ الصَّرْفُ إِلَيْهَا أَوَّلَى.

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَضْرِبُ وَلَدَهُ فَأَمَرَ إِنْسَانًا فَضْرَبَهُ لَمْ يَحْنَثْ) فِي يَمِينِهِ لِأَنَّ مَنَفْعَةَ ضَرْبِ الْوَلَدِ عَائِدَةٌ إِلَيْهِ وَهُوَ التَّأْدِبُ وَالتَّنْقِيفُ فَلَمْ يَنْسِبْ فَعْلَهُ إِلَى الْأَمْرِ، بِخِلَافِ الْأَمْرِ بِضَرْبِ الْعَبْدِ لِأَنَّ مَنَفْعَةَ الْإِثْتِمَارِ بِأَمْرِهِ عَائِدَةٌ إِلَى الْأَمْرِ فَيُضَافُ الْفِعْلُ إِلَيْهِ (وَمَنْ قَالَ لَغَيْرِهِ إِنْ بَعْتَ لَكَ هَذَا الثُّوبَ فَأَمْرًا أَنَّهُ طَالِقٌ فَدَسَ الْمُحْلُوفُ عَلَيْهِ ثَوْبَهُ فِي ثِيَابِ الْحَالِفِ فَبَاعَهُ وَكَمْ يَعْلَمُ لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّ حَرْفَ اللَّامِ دَخَلَ عَلَى الْبَيْعِ فَيَقْتَضِي اخْتِصَاصَهُ بِهِ، وَذَلِكَ بِأَن يَفْعَلَهُ بِأَمْرِهِ إِذَا الْبَيْعُ تَجَرَّى فِيهِ النِّيَابَةُ وَكَمْ تُوْجَدُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ إِنْ بَعْتَ ثَوْبًا لَكَ حَيْثُ يَحْنَثُ إِذَا بَاعَ ثَوْبًا مَمْلُوكًا لَهُ، سَوَاءً كَانَ بِأَمْرِهِ أَوْ بِغَيْرِ أَمْرِهِ عِلْمٌ بِذَلِكَ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ، لِأَنَّ حَرْفَ اللَّامِ دَخَلَ عَلَى الْعَيْنِ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ إِلَيْهِ فَيَقْتَضِي الْإِخْتِصَاصَ بِهِ، وَذَلِكَ بِأَن يَكُونَ مَمْلُوكًا لَهُ، وَنَظِيرُهُ الصِّيَاغَةُ وَالْخِيَاطَةُ وَكُلُّ مَا تَجَرَّى فِيهِ النِّيَابَةُ، بِخِلَافِ الْأَكْلِ وَالشُّرْبِ وَضَرْبِ الْغُلَامِ لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ النِّيَابَةَ فَلَا يَفْتَرِقُ الْحُكْمُ فِيهِ فِي الْوَجْهَيْنِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ مَنَفْعَةَ ضَرْبِ الْوَلَدِ عَائِدَةٌ إِلَيْهِ) أَيُّ إِلَى الْوَلَدِ، وَذَكَرَ ضَمِيرَ الْمَنَفْعَةِ نَظْرًا إِلَى الْخَبَرِ وَهُوَ التَّأْدِبُ وَالتَّنْقِيفُ. وَقَوْلُهُ (وَمَنْ قَالَ إِنْ بَعْتَ لَكَ هَذَا الثُّوبَ) عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَاضِحٌ.

وَحَاصِلُ ذَلِكَ أَنَّ لَامَ الْإِخْتِصَاصِ إِذَا اتَّصَلَ بِضَمِيرٍ عَقِيبَ فِعْلٍ مُتَعَدٍّ، فَإِذَا أُنْ يَتَوَسَّطُ بَيْنَ الْفِعْلِ وَمَفْعُولِهِ أَوْ يَتَأَخَّرُ عَنِ الْمَفْعُولِ.

وَعَلَى التَّقْدِيرَيْنِ فَإِذَا أُنْ يَحْتَمِلُ الْفِعْلُ النِّيَابَةَ أَوْ لَا، فَإِنْ احْتَمَلَهَا وَتَوَسَّطَ بَيْنَهُمَا كَانَ اللَّامُ لِاخْتِصَاصِ الْفِعْلِ، وَشَرَطَ حَنْثَ وَقُوعِ الْفِعْلِ لِأَجْلِ مَنْ لَهُ الضَّمِيرُ سَوَاءً

كَانَتْ الْعَيْنُ مَمْلُوكَةً لَهُ أَوْ لَمْ تَكُنْ، وَذَلِكَ إِنَّمَا يَكُونُ بِالْأَمْرِ، وَإِنْ تَأَخَّرَ عَنِ الْمَفْعُولِ كَانَ اخْتِصَاصُ الْعَيْنِ بِهِ وَشَرْطُ كَوْنِهَا مَمْلُوكَةً لَهُ سَوَاءً كَانَ الْفِعْلُ وَقَعَ لِأَجْلِهِ أَوْ لَمْ يَقَعْ، وَإِنْ لَمْ يَحْتَمِلْهَا لَا يَفْتَرِقُ الْحُكْمُ فِي الْوَجْهَيْنِ: أَيْ فِي التَّوَسُّطِ وَالتَّأَخُّرِ بَلْ يَحْتَثُّ إِذَا فَعَلَهُ سَوَاءً كَانَ بِأَمْرِهِ أَوْ بغيرِ أَمْرِهِ؛ لِأَنَّ الْفِعْلَ إِذَا لَمْ يَحْتَمِلِ النَّيَابَةَ لَمْ يُمْكِنِ انْتِقَالُهُ إِلَى غَيْرِ الْفَاعِلِ فَيَكُونُ الْأَمْرُ وَعَدَمُهُ سَوَاءً فَتَعَيَّنَ أَنَّ تَكُونَ اللَّامُ لِاخْتِصَاصِ الْعَيْنِ صَوْتًا لِلْكَلَامِ عَنِ الْإِلْعَاءِ، وَمَعْنَى دَسَّ أَخْفَى، وَالْمُرَادُ بِالْغُلَامِ إِنَّمَا الْعَبْدُ عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِقَاضِي خَانَ وَإِنَّمَا الْوَلَدُ كَمَا ذَكَرَهُ فِي الْفَوَائِدِ الظَّهِيرَةِ، وَهَذَا هُوَ الصَّوَابُ لِأَنَّ ضَرْبَ الْعَبْدِ يَحْتَمِلُ النَّيَابَةَ، وَهَذَا لَوْ حَلَفَ لَا يَضْرِبُ عَبْدَهُ فَأَمَرَ غَيْرَهُ بِضَرْبِهِ حَتَّى لِأَنَّ الْمَنْفَعَةَ تَعُودُ إِلَيْهِ، وَقَدْ ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ قَبِيلَ هَذَا، وَمِنْ الشَّارِحِينَ مَنْ وَجَّهَ الْأَوَّلَ، بِأَنَّ الْمُرَادَ بِالْوَكَالَةِ وَالنَّيَابَةِ وَكَالَةً يَتَعَلَّقُ بِهَا حُقُوقٌ يَرْجِعُ بِهَا الْوَكِيلُ بِمَا يَلْحَقُهُ مِنَ الْعَهْدَةِ عَلَى الْمُوَكَّلِ وَلَيْسَ لِلضَّرْبِ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ فَكَانَ كَالْأَكْلِ وَالشُّرْبِ، وَأَجَابَ عَنِ الْمَسْأَلَةِ الْمَذْكُورَةِ بِأَنَّ مُحَمَّداً لَمْ يَذْكُرْهَا، وَهُوَ مُخَالَفٌ لِمَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ وَتَخَطُّتْ لَهُ فَإِنَّهُ ذَكَرَ أَنَّهُ لَا حُقُوقَ لَهُ تَرْجِعُ إِلَى الْمَأْمُورِ، وَمَعَ ذَلِكَ جَعَلَهُ مِمَّا يَحْتَمِلُ النَّيَابَةَ.

(وَمَنْ قَالَ هَذَا الْعَبْدُ حُرٌّ إِنْ بَعْتَهُ فَبَاعَهُ عَلَى أَنَّهُ بِالْخِيَارِ عَتَقَ) لَوْجُودِ الشَّرْطِ وَهُوَ الْبَيْعُ وَالْمِلْكُ فِيهِ قَائِمٌ فَيَنْزِلُ الْجَزَاءُ (وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ الْمُشْتَرِي إِنْ اشْتَرَيْتَهُ فَهُوَ حُرٌّ فَاشْتَرَاهُ عَلَى أَنَّهُ بِالْخِيَارِ عَتَقَ) أَيْضًا لِأَنَّ الشَّرْطَ قَدْ تَحَقَّقَ وَهُوَ الشِّرَاءُ وَالْمِلْكُ قَائِمٌ فِيهِ، وَهَذَا عَلَى أَصْلِهِمَا ظَاهِرٌ، وَكَذَا عَلَى أَصْلِهِ لِأَنَّ هَذَا الْعِتْقَ بِتَعْلِيلِهِ وَالْمَعْلُوقُ كَالْمَنْجَرِ، وَلَوْ نَجَزَ الْعِتْقَ يَثْبُتُ الْمِلْكُ سَابِقًا عَلَيْهِ فَكَذَا هَذَا.

الشرح:

قَالَ: (وَمَنْ قَالَ هَذَا الْعَبْدُ حُرٌّ إِنْ بَعْتَهُ فَبَاعَهُ وَشَرَطَ الْخِيَارَ لِنَفْسِهِ عَتَقَ) لَوْجُودِ الشَّرْطِ وَهُوَ الْبَيْعُ وَالْمِلْكُ فِيهِ قَائِمٌ لِأَنَّ خِيَارَهُ يَمْنَعُ خُرُوجَ الْمَبِيعِ عَنْ مِلْكِهِ بِالِاتِّفَاقِ (فَيَنْزِلُ الْجَزَاءُ) قِيلَ لَوْ كَانَ الْبَيْعُ مِنْ غَيْرِ إِفَادَةِ الْحُكْمِ كَافِيًا لَوْفُوعَ مَا عُلِقَ بِهِ لَكَانَ النِّكَاحُ كَذَلِكَ، فَإِذَا عُلِقَ الْعِتْقُ بِالنِّكَاحِ وَوَجَدَ النِّكَاحُ فَاسِدًا وَجَبَ أَنْ يَنْزِلَ الْجَزَاءُ وَلَيْسَ كَذَلِكَ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ جَوَازَ الْبَيْعِ لَيْسَ مِنَ الْمُنَافِي، وَجَوَازُ النِّكَاحِ مَعَ الْمُنَافِي؛ لِأَنَّهُ رِقٌّ

وَالْإِنْسَانِيَّةُ ثُنَائِيهِ، فَإِذَا كَانَ النِّكَاحُ فَاسِدًا أَعْتَصَدَ فَسَادُهُ بِمَا يُخَالَفُ الدَّلِيلُ فَرَجَحَ جَانِبَ الْعَدَمِ فَصَارَ كَأَن لَمْ يَكُنْ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ لِأَنَّهُ مُوَافِقٌ لِلدَّلِيلِ فَكَانَ مَوْجُودًا بِالْإِجَابِ وَالْقَبُولِ فِي الْمَحَلِّ وَإِنْ لَمْ يُفْذَ الْحُكْمُ؛ وَلَوْ قَالَ إِنْ اشْتَرَيْتَ هَذَا الْعَبْدَ فَهُوَ حُرٌّ فَاشْتَرَاهُ وَشَرَطَ الْخِيَارَ لِنَفْسِهِ عَتَقَ أَيْضًا لِأَنَّ الشَّرْطَ قَدْ تَحَقَّقَ وَهُوَ الشِّرَاءُ وَالْمِلْكُ قَائِمٌ فِيهِ، وَهَذَا عَلَى أَصْلِهِمَا ظَاهِرٌ لِأَنَّ خِيَارَ الْمُشْتَرِي لَا يَمْنَعُ ثُبُوتَ الْمِلْكِ لَهُ عِنْدَهُمَا، وَكَذَا عَلَى أَصْلِهِ لِأَنَّ هَذَا الْعِتْقَ مُعَلَّقٌ بِتَغْلِيْقِهِ وَالْمُعَلَّقُ كَالْمُنْجَرِّ، وَلَوْ نَجَزَ الْعِتْقَ بَعْدَ الشِّرَاءِ بِخِيَارِ الشَّرْطِ انْفَسَخَ الْخِيَارُ وَثَبَتَ الْمِلْكُ وَوَقَعَ الْعِتْقُ فَكَذَلِكَ إِذَا عُلِقَ.

وَرُدُّ بَأْنٍ فِي التَّنْجِيزِ لَوْ لَمْ يَنْفَسَخِ الْخِيَارُ لِبَطْلِ التَّنْجِيزِ أَصْلًا لِعَدَمِ احْتِمَالِهِ التَّأْخِيرِ، وَفِي التَّغْلِيْقِ لَوْ لَمْ يَنْفَسَخِ لَمْ يَبْطُلْ لثُبُوتِ الْعِتْقِ بَعْدَ مُضِيِّ مُدَّةِ الْخِيَارِ فَلَا يَلْزَمُ مِنْ صِحَّةِ التَّنْجِيزِ بِنَفْسِهِ الْخِيَارِ صِحَّةَ حُكْمِ التَّغْلِيْقِ بِهِ فِي الْحَالِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْعِتْقَ يُحْتَاطُ فِي تَعْجِيلِهِ وَهُوَ مُمَكِّنٌ بِإِيقَاعِهِ فِي الْحَالِ بِنَفْسِهِ الْخِيَارِ فَلَا يُؤَخَّرُ إِلَى مُضِيِّ مُدَّةِ الْخِيَارِ، وَطُولُهَا هَاهُنَا فَرَقَانِ: فَرَقٌ بَيْنَ مَا نَحْنُ فِيهِ مِنَ الْمَسْأَلَةِ وَيَتَنَاهَا وَالْخِيَارُ لِلْبَائِعِ فَإِنَّهُ قَدْ اشْتَرَاهُ وَلَمْ يُعْتَقْ عَلَيْهِ.

وَفَرَقٌ بَيْنَ مَا نَحْنُ فِيهِ مِنَ الْمَسْأَلَةِ وَبَيْنَ مَا إِذَا اشْتَرَى الرَّجُلُ قَرِيبَهُ بِشَرْطِ الْخِيَارِ لَهُ فَإِنَّهُ لَا يُعْتَقُ عَلَيْهِ مَا لَمْ يَسْقُطِ الْخِيَارُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَفَرَقٌ بَيْنَ الْأَوَّلَيْنِ بِأَنَّ الْخِيَارَ إِذَا كَانَ لِلْمُشْتَرِي يَتِمَكَّنُ مِنْ إِسْقَاطِهِ، وَمَتَى كَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ لَا يَتِمَكَّنُ مِنْ إِسْقَاطِهِ وَبَيْنَ الثَّانِيَيْنِ بِأَنَّ شِرَاءَ الْقَرِيبِ لَمْ يُوجَدْ فِيهِ كَلِمَةُ الْإِعْتَاقِ بَعْدَ الشِّرَاءِ حَتَّى يَسْقُطَ بِهَا الْخِيَارُ فَلَا يُعْتَقُ عَلَيْهِ مَا لَمْ يُسْقُطْهُ، وَأَمَّا فِي الْإِجَابِ الْمُعَلَّقِ فَإِنَّهُ يَصِيرُ قَائِلًا عِنْدَ وُجُودِ الشَّرْطِ أَتَتْ حُرٌّ فَيَسْقُطُ الْخِيَارُ ضَرُورَةً لَوْجُودِ مَا يَخْتَصُّ بِالْمِلْكِ، وَوَضْعُ الْمَسْأَلَةِ فِي الْبَيْعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ يُفِيدُ أَنَّ الْبَيْعَ إِذَا كَانَ بَأْتًا لَا يُعْتَقُ وَإِنْ وُجِدَ الْبَيْعُ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْعِلَّةَ مَعَ الْمَعْلُولِ فِي الْوُجُودِ الْخَارِجِيِّ، فَكَمَا تَمَّ الْبَيْعُ زَالَ الْعَبْدُ عَنْ مِلْكِهِ وَالْجَزَاءُ لَا يَنْزِلُ فِي غَيْرِ الْمِلْكِ، بِخِلَافِ مَا فِيهِ الشَّرْطُ فَإِنَّهُمَا يَتَعَاقَبَانِ فِيهِ.

(وَمَنْ قَالَ إِنْ لَمْ أَيْعِ هَذَا الْعَبْدَ أَوْ هَذِهِ الْأَمَةُ فَأَمْرَاتُهُ طَالِقٌ فَأَعْتَقَ أَوْ دَبَّرَ طَلَّقَتْ

أَمْرَاتُهُ) لِأَنَّ الشَّرْطَ قَدْ تَحَقَّقَ وَهُوَ عَدَمُ الْبَيْعِ لِفَوَاتِ مَحَلِّيَّةِ الْبَيْعِ.

الشرح:

(وَمَنْ قَالَ إِنَّ لَمْ أَيْعِ هَذَا الْعَبْدُ أَوْ هَذِهِ الْأَمَةُ فَأَمْرَأَتُهُ طَالِقٌ فَأَعْتَقَ أَوْ ذَبَرَ طَلَّقَتْ
 أَمْرَأَتُهُ لِأَنَّ الشَّرْطَ قَدْ تَحَقَّقَ وَهُوَ عَدَمُ الْبَيْعِ لِفَوَاتِ مَحَلَّةِ الْبَيْعِ) وَهَذَا فِي إِعْتَاكِ الْعَبْدِ
 ظَاهِرٌ، وَأَمَّا فِي التَّدْبِيرِ وَالْأَمَةِ فَلَا بُدَّ مِنْ بَيَانٍ لِأَنَّ الْمُدَبِّرَ يَجُوزُ بَيْعُهُ إِذَا قَضَى الْقَاضِي
 بِجَوَازِ بَيْعِهِ، وَالْأَمَةُ يَجُوزُ أَنْ تَرْتَدَّ فَتُسَبَّى بَعْدَ الْحَقَاقِ بِذَارِ الْحَرْبِ، وَذَلِكَ أَنَّ الْكَلَامَ
 فِي الْمُدَبِّرِ مَا دَامَ مُدَبِّرًا، وَإِذَا قَضَى الْقَاضِي بِجَوَازِ بَيْعِهِ يُفْسَخُ التَّدْبِيرُ وَيَكُونُ الْبَيْعُ حَبِثًا
 بَيْعَ الْقَنْ لَا بَيْعَ الْمُدَبِّرِ، وَفَوَاتُ الْمَحَلَّةِ إِنَّمَا كَانَ بِاعْتِبَارِ بَقَاءِ التَّدْبِيرِ، وَهَذَا كَمَا تَرَى
 غَيْرَ مَخْلُصٍ لِأَنَّهُ يُفِيدُ أَنَّ فَوَاتَ الْمَحَلَّةِ بَقَاءُ التَّدْبِيرِ وَالتَّدْبِيرُ قَدْ يَزُولُ فَلَا تَقُوتُ الْمَحَلَّةُ
 فَكَانَ الْوَاجِبُ أَنْ لَا يَقَعَ الطَّلَاقُ، وَالْأَوَّلَى فِي الْبَيَانِ أَنْ يُقَالَ بَيْعُ الْمُدَبِّرِ لَا يَجُوزُ،
 فَالظَّاهِرُ أَنَّ الْمُسْلِمَ لَا يَقْدُمُ عَلَيْهِ؛ فَإِنْ أَقْدَمَ فَالظَّاهِرُ أَنَّ الْقَاضِي لَا يُقْدِمُ عَلَى الْقَضَاءِ بِمَا
 لَا يَجُوزُ، وَمَعَ ذَلِكَ فَلَا أَصْلَ عَدَمٍ مَا يَحْدُثُ فَكَانَ عَدَمُ فَوَاتِ الْمَحَلَّةِ بِنَاءً عَلَى جَوَازِ
 الْقَضَاءِ بَيْنَهُ مُخَالَفًا لِلظَّاهِرِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ فَلَا يَكُونُ مُعْتَبَرًا، وَأَمَّا الْأَمَةُ فَإِنَّ مِنْ مَشَايِخِنَا
 مَنْ قَالَ لَا تَطْلُقُ أَمْرَأَتُهُ فِي التَّعْلِيقِ بَعْدَ بَيْعِهَا بِاعْتِبَارِ هَذَا الْاِحْتِمَالِ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهَا
 تَطْلُقُ لِأَنَّهُ إِنَّمَا عَقَدَ يَمِينَهُ عَلَى الْبَيْعِ بِاعْتِبَارِ هَذَا الْمَلِكِ وَقَدْ انْتَهَى ذَلِكَ الْمَلِكُ بِالْإِعْتَاكِ
 وَالتَّدْبِيرِ.

(وَإِذَا قَالَتِ الْمَرْأَةُ لِرَوْجِهَا تَزَوَّجْتُ عَلَيَّ فَقَالَ كُلُّ امْرَأَةٍ لِي طَالِقٌ ثَلَاثًا طَلَّقَتْ هَذِهِ
 الَّتِي حَلَفْتُ فِي الْقَضَاءِ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهَا لَا تَطْلُقُ لِأَنَّهُ أَخْرَجَهُ جَوَابًا فَيَنْطَبِقُ عَلَيْهِ،
 وَلِأَنَّ غَرَضَهُ إِرْضَاؤُهَا وَهُوَ بِطَلَاقِ غَيْرِهَا فَيَتَقَيَّدُ بِهِ. وَجَهَ الظَّاهِرِ عُمُومُ الْكَلَامِ وَقَدْ زَادَ
 عَلَى حَرْفِ الْجَوَابِ فَيُجْعَلُ مُبْتَدَأًا، وَقَدْ يَكُونُ غَرَضُهُ إِحْشَاؤُهَا حِينَ اعْتَرَضَتْ عَلَيْهِ فِيمَا
 أَحَلَّهُ الشَّرْعُ وَمَعَ التَّرَدُّدِ لَا يَصْلُحُ مُقَيَّدًا، وَإِنْ نَوَى غَيْرَهَا يُصَدَّقُ دِيَانَةً لَا قَضَاءً لِأَنَّهُ
 تَخْصِيسُ الْعَامِّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ) (قَالَتِ الْمَرْأَةُ لِرَوْجِهَا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لِأَنَّهُ زَادَ عَلَى حَرْفِ الْجَوَابِ)
 أَيُّ أَصْلِهِ، لِأَنَّهُ لَوْ أَرَادَ الْجَوَابَ الْمُطَابِقَ لَقَالَ إِنَّ فَعَلْتُ فَهِيَ طَالِقٌ: فَلَمَّا ذَكَرَ كَلِمَةَ كُلِّ
 دَلَّ عَلَى أَنَّ مُرَادَهُ الْعُمُومَ فَيَعْمَلُ بِعُمُومِ اللَّفْظِ دُونَ خُصُوصِ السَّبَبِ فَكَانَ مُبْتَدَأًا.

وَقَوْلُهُ (وَقَدْ يَكُونُ غَرَضُهُ إِيجَاشُهَا) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ بِأَنَّ الْغَرَضَ إِرْضَاؤُهَا.

باب اليمين في الحج والصلاة والصوم

(وَمَنْ قَالَ وَهُوَ فِي الْكَعْبَةِ أَوْ فِي غَيْرِهَا عَلَيَّ الْمَشْيُ إِلَى بَيْتِ اللَّهِ تَعَالَى أَوْ إِلَى الْكَعْبَةِ فَعَلَيْهِ حِجَّةٌ أَوْ عُمْرَةٌ مَاشِيًا وَإِنْ شَاءَ رَكِبَ وَأَهْرَاقَ دَمًا) وَفِي الْقِيَاسِ لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ لِأَنَّهُ التَّزَمَ مَا لَيْسَ بِقُرْبَةٍ وَأَجَبَتْ وَلَا مَقْصُودَةٌ فِي الْأَصْلِ، مَا ثَوَّرَ عَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. وَلَأَنَّ النَّاسَ تَعَارَفُوا إِيْجَابَ الْحَجِّ وَالْعُمْرَةِ بِهَذَا اللَّفْظِ فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ عَلِيٌّ زِيَارَةُ الْبَيْتِ مَاشِيًا فَيَلْزَمُهُ مَاشِيًا، وَإِنْ شَاءَ رَكِبَ وَأَرَاقَ دَمًا، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي الْمَنَاسِكِ (وَلَوْ قَالَ عَلِيٌّ الْخُرُوجُ أَوْ الذَّهَابُ إِلَى بَيْتِ اللَّهِ تَعَالَى فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ) لَأَنَّ التَّزَامَ الْحَجِّ أَوْ الْعُمْرَةِ بِهَذَا اللَّفْظِ غَيْرُ مُتَعَارَفٍ (وَلَوْ قَالَ: عَلَيَّ الْمَشْيُ إِلَى الْحَرَمِ أَوْ إِلَى الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ فِي قَوْلِهِ عَلَيَّ الْمَشْيُ إِلَى الْحَرَمِ حِجَّةٌ أَوْ عُمْرَةٌ) وَلَوْ قَالَ إِلَى الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ فَهُوَ عَلَى هَذَا الْاِخْتِلَافِ. لَهُمَا أَنَّ الْحَرَمَ شَامِلٌ عَلَى الْبَيْتِ، وَكَذَا الْمَسْجِدُ الْحَرَامُ فَصَارَ ذِكْرُهُ كَذِكْرِهِ، بِخِلَافِ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ لِأَنَّهُمَا مُنْفَصِلَانِ عَنْهُ. وَلَهُ أَنَّ التَّزَامَ الْإِحْرَامَ بِهَذِهِ الْعِبَارَةِ غَيْرُ مُتَعَارَفٍ وَلَا يُمَكِّنُ إِيْجَابَهُ بِاعْتِبَارِ حَقِيقَةِ اللَّفْظِ فَامْتَنَعَ أَصْلًا

الشرح:

(بَابُ الْيَمِينِ فِي الْحَجِّ وَالصَّلَاةِ وَالصَّوْمِ): قَدَّمَ هَذَا الْبَابَ عَلَى بَابِ اللَّيْسِ وَغَيْرِهِ لِأَنَّ فِي هَذَا ذِكْرَ الْعِبَادَاتِ وَذَكَرُهَا مُقَدَّمٌ عَلَى غَيْرِهَا، وَإِنَّمَا تَأَخَّرَ عَمَّا تَقَدَّمَ لِكثْرَةِ وَقُوعِ ذَلِكَ.

وَمَسَائِلُ هَذَا الْفَصْلِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ: فِي وَجْهِ يَلْزَمُهُ إِمَّا حِجَّةٌ أَوْ عُمْرَةٌ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا، وَفِي وَجْهِ لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ كَذَلِكَ، وَفِي وَجْهِ اخْتَلَفُوا فِيهِ.

أَمَّا الْوَجْهُ الْأَوَّلُ فَنَقِصًا إِذَا قَالَ عَلِيٌّ الْمَشْيُ إِلَى بَيْتِ اللَّهِ أَوْ إِلَى الْكَعْبَةِ أَوْ إِلَى مَكَّةَ. وَفِي رِوَايَةِ الثَّوَادِرِ أَوْ إِلَى بَكَّةَ سَوَاءً كَانَ فِي الْكَعْبَةِ أَوْ فِي مَكَّةَ أَوْ لَمْ يَكُنْ لَزِمُهُ حِجَّةٌ أَوْ عُمْرَةٌ مَاشِيًا، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِمَكَّةَ فَظَاهِرٌ، وَإِنْ كَانَ بِهَا وَاخْتَارَ الْحَجَّ يُحْرِمُ مِنَ الْحَرَمِ وَيَخْرُجُ إِلَى عَرَفَاتٍ مَاشِيًا، فَإِنْ رَكِبَ لَزِمَهُ شَاءَ، وَإِنْ اخْتَارَ الْعُمْرَةَ خَرَجَ إِلَى التَّنْعِيمِ وَيُحْرِمُ بِالْعُمْرَةِ، وَلَمْ يَذْكُرْ مُحَمَّدٌ أَنَّهُ يَخْرُجُ إِلَى التَّنْعِيمِ مَاشِيًا أَوْ رَاكِبًا.

وَقَدْ اِخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ فِيهِ، قَالَ بَعْضُهُمْ: جَازَ لَهُ أَنْ يَرْكَبَ وَقْتَ الرُّوَّاحِ إِلَى التَّنْعِيمِ لِأَنَّ الرُّوَّاحَ إِلَيْهِ لَيْسَ بِمَشْيٍ إِلَى يَتِّبِ اللَّهُ وَإِنَّمَا الْمَشْيُ إِلَيْهِ وَقْتَ الرُّجُوعِ.

وَقَالَ بَعْضُهُمْ: يَمْشِي وَقْتَ الرُّوَّاحِ أَيْضًا لِأَنَّ الرُّوَّاحَ إِلَيْهِ لِلْإِحْرَامِ فَكَانَ مَشْيًا إِلَى يَتِّبِ اللَّهُ وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَلْزَمُهُ بِهَذَا النَّذْرُ شَيْءٌ (لَأَنَّهُ التَّزَمَ مَا لَيْسَ بِقَرْبَةٍ وَاجِبَةٍ) لِأَنَّ الْمَشْيَ أَمْرٌ مُبَاحٌ (وَلَا مَقْصُودَةٌ فِي الْأَصْلِ) يَعْنِي لِدَاثِهِ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهُ شَيْءٌ آخَرُ لَا نَفْسُهُ فَكَانَ الْقِيَاسُ أَنْ يَكُونَ النَّذْرُ بِهِ بَاطِلًا لَكِنْ تَرَكْنَاهُ بِالْأَثَرِ وَالْعُرْفِ.

أَمَّا الْأَثَرُ فَمَا قَالَ مُحَمَّدٌ فِي الْأَصْلِ: بَلَّغْنَا عَنْ عَلِيٍّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ: مَنْ جَعَلَ عَلَى نَفْسِهِ الْحَجَّ مَاشِيًا حَجَّ رَاكِبًا وَذَبَحَ شَاةً لِرُكُوبِهِ.

كَذَا فِي بَعْضِ الشُّرُوحِ، وَلَيْسَ بِمُطَابِقٍ لِمَا نَحْنُ فِيهِ لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ فِيمَنْ جَعَلَ عَلَى نَفْسِهِ الْحَجَّ مَاشِيًا بِغَيْرِ هَذَا اللَّفْظِ وَلَيْسَ الْكَلَامُ فِيهِ. وَقَالَ آخَرُونَ: رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ أَجَابَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ بِأَنْ عَلَيْهِ حَجَّةٌ أَوْ عُمْرَةٌ وَهَذَا مُطَابِقٌ. وَقَدْ رَوَى شَيْخِي فِي شَرْحِهِ «أَنَّ أُخْتَ عُقْبَةَ بْنِ عَامِرٍ نَذَرَتْ أَنْ تَمْشِيَ إِلَى يَتِّبِ اللَّهُ تَعَالَى، فَأَمَرَهَا النَّبِيُّ ﷺ أَنْ تُحْرِمَ بِحَجَّةٍ أَوْ عُمْرَةٍ».

وَأَمَّا الْعُرْفُ فَمَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ أَنَّ النَّاسَ تَعَارَفُوا بِإِجَابِ الْحَجِّ وَالْعُمْرَةِ بِهَذَا اللَّفْظِ فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ عَلِيٌّ زِيَارَةُ الْيَتِّبِ مَاشِيًا فَيَلْزَمُهُ مَاشِيًا، وَإِنْ رَكِبَ وَأَرَأَقَ دَمًا فَلَهُ ذَلِكَ عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْمَنَاسِكِ.

وَإِجَابُ الْحَجِّ أَوْ الْعُمْرَةِ بِهَذَا النَّذْرِ بِطَرِيقِ الْمَجَازِ مِنْ بَابِ ذِكْرِ السَّبَبِ وَإِرَادَةِ الْمُسَبَّبِ، وَلِهَذَا لَمْ يُفَرَّقْ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ النَّاذِرُ فِي الْكَعْبَةِ أَوْ فِي غَيْرِهَا.

فَإِنْ قِيلَ: فَإِذَا كَانَ هَذَا اللَّفْظُ اسْتِعَارَةً لِلتَّزَامِ الْحَجَّ كَانَ اللَّفْظُ غَيْرَ مَنْظُورٍ إِلَيْهِ، كَمَا لَوْ نَذَرَ أَنْ يَضْرِبَ بِثَوْبِهِ حَطِيمَ الْكَعْبَةِ فَحِينَئِذٍ يَنْبَغِي أَنْ لَا يَلْزَمُهُ الْمَشْيُ فِي طَرِيقِ الْحَجِّ كَمَا لَا يَلْزَمُهُ هُنَاكَ ضَرْبُ الْحَطِيمِ بِثَوْبِهِ، وَإِنَّمَا يَجِبُ إِهْدَاءُ الثَّوْبِ إِلَى مَكَّةَ لَكُونَ اللَّفْظُ عِبَارَةً عَنْهُ.

أُجِيبَ بِأَنَّ لِلْحَجِّ مَاشِيًا فَضِيلَةً لَيْسَتْ لَهُ رَاكِبًا، قَالَ ﷺ «مَنْ حَجَّ مَاشِيًا فَلَهُ بِكُلِّ خُطْوَةٍ حَسَنَةٌ مِنْ حَسَنَاتِ الْحَرَمِ، قِيلَ: وَمَا حَسَنَاتُ الْحَرَمِ؟ قَالَ: وَاحِدَةٌ بِسَبْعِمِائَةٍ» فَاعْتَبِرْ لَفْظَهُ لِإِجَابِ الْمَشْيِ لِإِحْرَازِ تِلْكَ الْفَضِيلَةِ، وَمَعْنَاهُ فِي إِجَابِ الْحَجِّ أَوْ

الْعُمْرَةَ لِإِجْمَاعِهِمْ عَلَى ذَلِكَ الْمُتَعَارَفِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ يَلْزَمُ الْجَمْعُ بَيْنَ الْحَقِيقَةِ وَالْمَجَازِ. وَالْأَوَّلَى أَنْ يُقَالَ هَذِهِ اللَّفْظَةُ فِي الْعُرْفِ تُسْتَعْمَلُ لِلْحَجِّ أَوْ الْعُمْرَةِ مَا شِئَا لَا أَنَّ الْحَقِيقَةَ مُرَادَةٌ بِلَفْظِهِ وَمَجَازُهُ بِمَعْنَاهُ.

وَأَمَّا الْوَجْهُ الثَّانِي فَفِيمَا إِذَا قَالَ عَلِيٌّ الْخُرُوجُ أَوْ الذَّهَابُ أَوْ السَّعْيُ أَوْ السَّفَرُ أَوْ الرُّكُوبُ أَوْ الْإِثْبَانُ إِلَى بَيْتِ اللَّهِ أَوْ الْمَشْيُ إِلَى الصَّفَا وَالْمَرَّةِ لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ لَعَدَمِ الْأَثَرِ وَالْعُرْفِ فِيهِ فَكَانَ بَاقِيًا عَلَى الْقِيَاسِ.

وَأَمَّا الْوَجْهُ الثَّلَاثُ فَفِيمَا إِذَا قَالَ عَلِيٌّ الْمَشْيُ إِلَى الْحَرَمِ أَوْ إِلَى الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ، قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رحمه الله: لَا شَيْءَ عَلَيْهِ. كَمَا لَوْ قَالَ عَلِيٌّ الْمَشْيُ إِلَى الصَّفَا وَالْمَرَّةِ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: لَزِمَهُ حُجَّةٌ أَوْ عُمْرَةٌ لِأَنَّ الْحَرَمَ شَامِلٌ لِلْبَيْتِ (وَكَذَا الْمَسْجِدُ الْحَرَامُ فَصَارَ ذِكْرُهُ كَذِكْرِهِ، بِخِلَافِ الصَّفَا وَالْمَرَّةِ لِأَنَّهُمَا مُنْفَصِلَانِ عَنْهُ).

وَلَهُ أَنْ التِّزَامَ الْإِحْرَامَ بِهَذِهِ الْعِبَارَةِ غَيْرُ مُتَعَارَفٍ حَتَّى يَصِيرَ مَجَازًا (وَلَا يُمَكِّنُ إِجَابُهُ بِاعْتِبَارِ حَقِيقَةِ اللَّفْظِ فَاِئْتِنَعَ أَصْلًا)

(وَمَنْ قَالَ عَبْدِي حُرٌّ إِنْ لَمْ أَحُجَّ الْعَامَ، وَقَالَ: حَجَجْتُ وَشَهِدَ شَاهِدَانِ أَنَّهُ ضَحَى الْعَامَ بِالْكُوفَةِ لَمْ يُعْتَقَ عَبْدُهُ)، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يُعْتَقُ لِأَنَّ هَذِهِ شَهَادَةٌ قَامَتْ عَلَى أَمْرٍ مَعْلُومٍ وَهُوَ التَّضْحِيَةُ، وَمِنْ ضَرُورَتِهِ انْتِفَاءُ الْحَجِّ فَيَتَحَقَّقُ الشَّرْطُ، وَلَهُمَا أَنَّهَا قَامَتْ عَلَى النَّفْيِ لِأَنَّ الْمُقْصُودَ مِنْهَا نَفْيُ الْحَجِّ لَا إِثْبَاتُ التَّضْحِيَةِ لِأَنَّهُ لَا مَطَالِبَ لَهَا فَصَارَ كَمَا إِذَا شَهِدُوا أَنَّهُ لَمْ يَحُجَّ الْعَامَ. غَايَةُ الْأَمْرِ أَنَّ هَذَا النَّفْيَ مِمَّا يُحِيطُ عَلَيْهِ الشَّاهِدُ بِهِ وَلِكِنَّهُ لَا يُمَيِّزُ بَيْنَ نَفْيٍ وَنَفْيٍ تَبْسِيرًا.

الشرح:

وَمَنْ قَالَ عَبْدِي حُرٌّ إِنْ لَمْ أَحُجَّ الْعَامَ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لَكِنْ لَا يُمَيِّزُ بَيْنَ نَفْيٍ وَنَفْيٍ تَبْسِيرًا) يُوقِضُ بِمَسْأَلَةِ السَّيْرِ الْكَبِيرِ: رَجُلَانِ شَهِدَا عَلَى رَجُلٍ أَلَّا سَمِعْنَاهُ يَقُولُ الْمَسِيحُ ابْنُ اللَّهِ وَلَمْ يَقُلْ قَوْلَ النَّصَارَى فَبَاءَتْ مِنْهُ أَمْرًا، وَالرَّجُلُ يَقُولُ وَصَلَتْ بِقَوْلِي قَوْلَ النَّصَارَى جَازَتْ هَذِهِ الشَّهَادَةُ، وَإِنْ قَامَتْ عَلَى النَّفْيِ لِأَنَّهُ قَامَتْ عَلَى نَفْيِ شَيْءٍ أَحَاطَ بِهِ عِلْمُ الشَّاهِدِ.

وَأَجَابَ الْإِمَامُ قَاضِي خَانَ بِأَنَّ هَذِهِ الشَّهَادَةَ شَهَادَةٌ قَامَتْ عَلَى أَمْرِ وَجُودِيٍّ

وَهُوَ سُكُوتُ الزَّوْجِ عَقِيبَ قَوْلِهِ الْمَسِيحُ ابْنُ اللَّهِ، وَلَكِنْ قَالَ الْإِمَامَانِ الْعَلَمَانِ فِي التَّحْقِيقِ شَمْسُ الْأُئِمَّةِ وَفَخِرُ الْإِسْلَامِ: إِذَا قَالَ الشَّاهِدَانِ الزَّوْجُ لَمْ يَقُلْ هَذِهِ الزِّيَادَةُ قُبِلَتِ الشَّهَادَةُ لِأَنَّ قَوْلَهُمَا هَذَا يَبَيِّنُ مِنْهُمَا لِإِحَاطَةِ عِلْمِهِمَا بِذَلِكَ، فَكَانَ التَّمْيِيزُ بَيْنَ نَفْيِ وَنَفْيِ مُعْتَبَرًا، وَلَكِنَّهُ لَيْسَ مُخْتَارَ الْمُصَنِّفِ لِإِفْضَائِهِ إِلَى الْحَرَجِ.

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَصُومُ فَهُوَ الصَّوْمُ وَصَامَ سَاعَةً ثُمَّ أَفْطَرَ مِنْ يَوْمِهِ حَنْثٌ) لَوْجُودِ الشَّرْطِ إِذِ الصَّوْمُ هُوَ الْإِمْسَاكُ عَنِ الْمَفْطِرَاتِ عَلَى قَصْدِ التَّقَرُّبِ (وَلَوْ حَلَفَ لَا يَصُومُ يَوْمًا أَوْ صَوْمًا فَصَامَ سَاعَةً ثُمَّ أَفْطَرَ لَا يَحْنُثُ) لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ الصَّوْمُ التَّامُّ الْمُعْتَبَرُ شَرْعًا وَذَلِكَ بِإِنْهَائِهِ إِلَى آخِرِ الْيَوْمِ، وَالْيَوْمُ صَرِيحٌ فِي تَقْدِيرِ الْمُدَّةِ بِهِ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَمَنْ حَلَفَ لَا يَصُومُ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ الصَّوْمُ التَّامُّ الْمُعْتَبَرُ شَرْعًا) أَوْرَدَ عَلَيْهِ مَا لَوْ قَالَ وَاللَّهِ لَا صُومَ مِنْ هَذَا الْيَوْمِ وَكَانَ ذَلِكَ بَعْدَ مَا أَكَلَ أَوْ شَرِبَ أَوْ بَعْدَ الزَّوَالِ صَحَّ يَمِينُهُ بِالِاتِّفَاقِ، وَالصَّوْمُ مَقْرُونٌ بِالْيَوْمِ وَمَعَ ذَلِكَ لَمْ يُرَدْ بِهِ الصَّوْمُ الشَّرْعِيُّ فَإِنَّ الصَّوْمَ الشَّرْعِيَّ بَعْدَ الْأَكْلِ أَوْ الشُّرْبِ أَوْ بَعْدَ الزَّوَالِ غَيْرُ مُتَصَوِّرٍ، وَالْجَوَابُ أَنَّ الدَّلَالَهَ قَامَتْ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ لَيْسَ الصَّوْمُ الشَّرْعِيُّ وَهُوَ كَوْنُ الْيَمِينِ بَعْدَ الْأَكْلِ أَوْ بَعْدَ الزَّوَالِ فَانْصَرَفَ إِلَى الصَّوْمِ اللَّغَوِيِّ وَأَنْعَقَدَتْ يَمِينُهُ عَلَيْهِ، بِخِلَافِ مَا نَحْنُ فِيهِ فَإِنَّهُ لَيْسَ فِيهِ مَا يَمْنَعُهُ عَنِ الصَّوْمِ الشَّرْعِيِّ فَيَنْصَرِفُ إِلَيْهِ.

(وَلَوْ حَلَفَ لَا يُصَلِّيَ فَقَامَ وَقَرَأَ وَرَكَعَ لَمْ يَحْنُثْ، وَإِنْ سَجَدَ مَعَ ذَلِكَ ثُمَّ قَطَعَ حَنْثٌ) وَالْقِيَاسُ أَنْ يَحْنُثَ بِالِافْتِتَاحِ اعْتِبَارًا بِالشَّرُوعِ فِي الصَّوْمِ. وَجَهُ الْاسْتِحْسَانِ أَنَّ الصَّلَاةَ عِبَارَةً عَنِ الْأَرْكَانِ الْمُخْتَلَفَةِ، فَمَا لَمْ يَأْتِ بِجَمِيعِهَا لَا يُسَمَّى صَلَاةً، بِخِلَافِ الصَّوْمِ لِأَنَّهُ رُكْنٌ وَاحِدٌ وَهُوَ الْإِمْسَاكُ وَيَتَكَرَّرُ فِي الْجُزْءِ الثَّانِي (وَلَوْ حَلَفَ لَا يُصَلِّيَ صَلَاةً لَا يَحْنُثُ مَا لَمْ يُصَلِّ رَكْعَتَيْنِ) لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ الصَّلَاةُ الْمُعْتَبَرَةُ شَرْعًا وَأَقْلَاهَا رَكْعَتَانِ لِلنَّهْيِ عَنِ الْبُتْرِاءِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ حَلَفَ لَا يُصَلِّيَ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لَا يَحْنُثُ مَا لَمْ يُصَلِّ رَكْعَتَيْنِ) قِيلَ عَلَيْهِ فَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَحْنُثَ بِمُجَرَّدِ الْإِثْنَانِ بِالرَّكْعَتَيْنِ مَا لَمْ يَأْتِ بِالْقَعْدَةِ لِأَنَّ الصَّلَاةَ لَا

تَكُونُ مُعْتَبَرَةً بِدُونِ الْقَعْدَةِ شَرْعًا، وَلَيْسَ بِشَيْءٍ لِأَنَّ الرِّكَعَتَيْنِ عِبَارَةٌ عَنْ صَلَاةٍ تَامَّةٍ، وَتَمَامُهَا شَرْعًا إِنَّمَا يَكُونُ بِالْقَعْدَةِ أَشَارَ إِلَى ذَلِكَ تَعْلِيلُهُ بِقَوْلِهِ لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ الصَّلَاةُ الْمُعْتَبَرَةُ شَرْعًا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

(وَمَنْ قَالَ لَامْرَأَتِهِ: إِنْ لَبِستِ مِنْ غَزَلِكِ فَهُوَ هَدْيٌ فَاشْتَرَيْ قُطْنًا فَغَزَلْتُهُ وَنَسَجْتُهُ فَلَبِيسُهُ فَهُوَ هَدْيٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَا: لَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يُهْدِيَ حَتَّى تَغْزِلَ مِنْ قُطْنٍ مَلَكَهُ يَوْمَ حَلْفٍ) وَمَعْنَى الْهَدْيِ التَّصَدُّقُ بِهِ بِمَكَّةَ لِأَنَّهُ اسْمٌ لِمَا يُهْدَى إِلَيْهَا. لَهَا أَنْ النَّذْرُ إِنَّمَا يَصِحُّ فِي الْمَلِكِ أَوْ مُضَافًا إِلَى سَبَبِ الْمَلِكِ وَلَمْ يُوْجَدْ لِأَنَّ اللَّبْسَ وَغَزَلَ الْمَرْأَةِ لَيْسَا مِنْ أَسْبَابِ مَلِكِهِ. وَلَهُ أَنْ غَزَلَ الْمَرْأَةِ عَادَةً يَكُونُ مِنْ قُطْنِ الزَّوْجِ وَالْمُعْتَادُ هُوَ الْمُرَادُ وَذَلِكَ سَبَبُ مَلِكِهِ، وَلِهَذَا يَحْنَثُ إِذَا غَزَلَتْ مِنْ قُطْنٍ مَمْلُوكٍ لَهُ وَقَدْ نَذَرَ لِأَنَّ الْقُطْنَ لَمْ يَصِرْ مَذْكُورًا.

الشرح:

(بَابُ الْيَمِينِ فِي لُبْسِ الثِّيَابِ وَالْحُلِيِّ وَغَيْرِ ذَلِكَ): قَدَّمَ يَمِينَ لُبْسِ الثِّيَابِ وَغَيْرِهِ عَلَى الْيَمِينِ فِي الضَّرْبِ وَالْقَتْلِ، إِنَّمَا لِأَنَّ يَمِينَ لُبْسِ الثِّيَابِ أَكْثَرُ مِنْهُ وَجُودًا، وَإِنَّمَا لِأَنَّ الْيَمِينَ بِهِ مَشْرُوعٌ وَجُودًا وَعَدَمًا، بِخِلَافِ الضَّرْبِ وَالْقَتْلِ (وَمَنْ قَالَ لَامْرَأَتِهِ إِنْ لَبِستِ مِنْ غَزَلِكِ فَهُوَ هَدْيٌ) أَيُّ صَدَقَةٍ أَتَّصَدَّقُ بِهِ عَلَى فَقَرَاءِ مَكَّةَ وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَالْمُعْتَادُ هُوَ الْمُرَادُ) يَعْنِي فَصَارَ كَأَنَّهُ قَالَ مِنْ قُطْنِي أَوْ مِنْ قُطْنٍ سَأَمْلِكُهُ (وَذَلِكَ) أَيُّ الْغَزَلُ مِنْ قُطْنِ الزَّوْجِ (سَبَبُ لِمَلِكِ الزَّوْجِ لَمَّا غَزَلْتُهُ) يَعْنِي مِنْ مَلِكِ الزَّوْجِ وَقَوْلُهُ (وَلِهَذَا) إِيضَاحٌ لِقَوْلِهِ وَذَلِكَ سَبَبُ مَلِكِهِ: يَعْنِي أَنَّهَا إِذَا غَزَلَتْ مِنْ قُطْنٍ مَمْلُوكٍ لِلزَّوْجِ وَقَدْ الْحَلْفَ كَانَ ذَلِكَ سَبَبًا لِأَنَّ يَمْلِكُ الزَّوْجُ غَزَلَهَا مَعَ أَنَّ الْقُطْنَ لَيْسَ بِمَذْكُورٍ هُنَاكَ، وَمَا ذَاكَ إِلَّا بِاعْتِبَارِ أَنَّ غَزَلَ الْمَرْأَةِ سَبَبُ لِمَلِكِ الزَّوْجِ لَمَّا غَزَلْتُهُ فِي الْعُرْفِ، وَالْعُرْفُ لَا يُفَرِّقُ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْقُطْنُ مَمْلُوكًا وَقَدْ الْحَلْفَ أَوْ لَمْ يَكُنْ.

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَلْبَسُ حُلِيًّا فَلَيْسَ خَاتَمُ فِضْتِهِ لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّهُ لَيْسَ بِحُلِيٍّ عُرْفًا وَلَا شَرْعًا حَتَّى أُبَيِّحَ اسْتِعْمَالُهُ لِلرِّجَالِ وَالتَّخْتُمُ بِهِ لِقَصْدِ الْخَتَمِ (وَإِنْ كَانَ مِنْ ذَهَبٍ حِنْثٌ) لِأَنَّهُ حُلِيٌّ وَلِهَذَا لَا يَحِلُّ اسْتِعْمَالُهُ لِلرِّجَالِ. (وَلَوْ لَبِيسَ عِقْدٌ لَوْ لَوْ غَيْرِ مُرْصَعٍ لَمْ يَحْنَثْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ لَا يَحْنَثُ) لِأَنَّهُ حُلِيٌّ حَقِيقَةً حَتَّى سُمِّيَ بِهِ فِي الْقُرْآنِ. وَلَهُ أَنَّهُ لَا

يَتَحَلَّى بِهِ عُرْفًا إِلَّا مُرْصَعًا، وَمَبْنَى الْأَيْمَانِ عَلَى الْعُرْفِ. وَقِيلَ هَذَا اخْتِلَافُ عَصْرِ وَزَمَانٍ،
وَيَفْتَى بِقَوْلِهِمَا لِأَنَّ التَّحْلِيَّ بِهِ عَلَى الْإِنْفِرَادِ مُعْتَادٌ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ حَلَفَ لَا يَلْبَسُ حَلِيًا) بِفَتْحِ الْحَاءِ وَسُكُونِ اللَّامِ وَهُوَ مَا يَتَحَلَّى بِهِ
النِّسَاءُ مِنْ ذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ أَوْ جَوْهَرٍ، وَاسْتَدَلَّ بِإِبَاحَةِ اسْتِعْمَالِهِ لِلرِّجَالِ عَلَى أَنَّ الْحَائِمَ
مِنْ فِضَّةٍ لَيْسَ بِحَلِيٍّ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ حَلِيًّا لَحُرِّمَ عَلَى الرِّجَالِ لِأَنَّ التَّرْتِيبَ بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ
حَرَامٌ عَلَى الرِّجَالِ، وَلَمَّا جَازَ التَّخْتُمُ بِالْفِضَّةِ لَهُمْ لَقَصِدَ الْحَتْمُ أَوْ لغيرِهِ لَمْ يَكُنْ حَلِيًّا أَوْ
كَانَ نَاقِصًا فِي كَوْنِهِ حَلِيًّا فَكَانَ مُبَاحًا (وَإِنْ كَانَ مِنْ ذَهَبٍ حَنْثٌ) يَعْنِي كَيْفَمَا كَانَ
سَوَاءً كَانَ فِيهِ فَصٌّ أَوْ لَمْ يَكُنْ.

قِيلَ الْخَوَاتِيمُ ثَلَاثَةٌ، الذَّهَبُ مُطْلَقًا، وَالْفِضَّةُ الْمَفْصُوصَةُ وَالْحَالِفُ أَنْ لَا يَلْبَسَ حَلِيًّا
يَحْتَنُ بِلِبْسِهِمَا، وَالْفِضَّةُ الْغَيْرُ الْمَفْصُوصَةُ وَالْحَالِفُ لَا يَحْتَنُ بِلِبْسِهِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ لَيْسَ عَقْدٌ لَوْلُو) ظَاهِرٌ، وَالْعَقْدُ بِالْكَسْرِ هُوَ الْقِلَادَةُ، وَالتَّرْصِيعُ
التَّرْكِيبُ، يُقَالُ تَاجٌ مُرْصَعٌ بِالْجَوَاهِرِ. وَقَوْلُهُ (حَتَّى سُمِّيَ بِهِ فِي الْقُرْآنِ) أَيُّ بِالْحَلِيِّ يُرِيدُ
بِهِ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَتَسْتَخْرِجُوا مِنْهُ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا﴾ [النحل: ١٤] وَقَوْلُهُ تَعَالَى ﴿تُحَلَّلُونَ
فِيهَا مِنْ أَسَاوِرَ مِنْ ذَهَبٍ وَلَوْلُؤًا﴾ [الحج: ٢٣] جَعَلَ اللَّوْلُؤُ حَلِيًّا بِجَعْلِهِ تَفْسِيرًا لِقَوْلِهِ
تَعَالَى ﴿تُحَلَّلُونَ﴾.

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَنَامُ عَلَى فِرَاشٍ فَتَنَامَ عَلَيْهِ وَهُوَ قِرَامٌ حَنْثٌ) لِأَنَّهُ تَبَعَ الْفِرَاشِ
فَتَبَعَهُ نَائِمًا عَلَيْهِ (وَإِنْ جَعَلَ فَوْقَهُ فِرَاشًا آخَرَ فَتَنَامَ عَلَيْهِ لَا يَحْتَنُ) لِأَنَّ مِثْلَ الشَّيْءِ لَا يَكُونُ
تَبَعًا لَهُ فَقَطَعَ النِّسْبَةَ عَنِ الْأَوَّلِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ) (حَلَفَ لَا يَنَامُ عَلَى فِرَاشٍ) يُرِيدُ عَلَى فِرَاشٍ بَعَيْنِهِ بِدَلِيلِ قَوْلِهِ وَإِنْ
جَعَلَ فَوْقَهُ فِرَاشًا آخَرَ فَتَنَامَ عَلَيْهِ لَا يَحْتَنُ، فَإِنَّهُ لَوْ كَانَ عَلَى حَقِيقَتِهِ مُتَكَرِّرًا لَحَنْثٌ فِي
هَذِهِ الصُّورَةِ أَيْضًا لِأَنَّهُ نَامَ عَلَى فِرَاشٍ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ تَبَعَ لَهُ فَلَا يُعْتَبَرُ حَائِلًا) يُشِيرُ إِلَى أَنَّهُ
لَوْ نَزَعَ ثَوْبَهُ وَطَرَحَهُ عَلَى الْأَرْضِ وَجَلَسَ عَلَيْهِ لَمْ يَحْتَنُ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ لَمْ يَبْقَ ثَوْبُهُ تَبَعًا لَهُ
فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ الْبَسَاطِ وَالْحَصِيرِ.

(وَلَوْ حَلَفَ لَا يَجْلِسُ عَلَى الْأَرْضِ فَجَلَسَ عَلَى بَسَاطٍ أَوْ حَصِيرٍ لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّهُ لَا يُسَمَّى جَالِسًا عَلَى الْأَرْضِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا حَالَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْأَرْضِ لِبَاسُهُ لِأَنَّهُ تَبَعَ لَهُ فَلَا يُعْتَبَرُ حَائِلًا (وَإِنْ حَلَفَ لَا يَجْلِسُ عَلَى سَرِيرٍ فَجَلَسَ عَلَى سَرِيرٍ فَوْقَهُ بَسَاطٍ أَوْ حَصِيرٍ حَنْثًا) لِأَنَّهُ يُعَدُّ جَالِسًا عَلَيْهِ، وَالْجُلُوسُ عَلَى السَّرِيرِ فِي الْعَادَةِ كَذَلِكَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا جَعَلَ فَوْقَهُ سَرِيرًا آخَرَ لِأَنَّهُ مِثْلُ الْأَوَّلِ فَقَطَعَ النِّسْبَةَ عَنْهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ حَلَفَ لَا يَجْلِسُ عَلَى سَرِيرٍ) ظَاهِرٌ مِمَّا تَقَدَّمَ.

بَابُ الْيَمِينِ فِي الضَّرْبِ وَالْقَتْلِ وَغَيْرِهِ

(وَمَنْ قَالَ لِأَخْرَ إِنْ ضَرَبْتُكَ فَعَبْدِي حُرٌّ فَمَاتَ فَضْرَبَهُ فَهُوَ عَلَى الْحَيَاةِ) لِأَنَّ الضَّرْبَ اسْمٌ لِفِعْلِ مُؤَلَّمٍ يَتَّصِلُ بِالْبَدَنِ، وَالْإِيْلَامُ لَا يَتَحَقَّقُ فِي الْمَيِّتِ، وَمَنْ يُعَذَّبُ فِي الْقَبْرِ تُوضَعُ فِيهِ الْحَيَاةُ فِي قَوْلِ الْعَامَّةِ وَكَذَلِكَ الْكِسْوَةُ لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ التَّمْلِيكُ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ، وَمِنْهُ الْكِسْوَةُ فِي الْكُفَّارَةِ وَهُوَ مِنَ الْمَيِّتِ لَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا أَنْ يَنْوِي بِهِ السُّتْرَ، وَقِيلَ بِالْفَارِسِيَّةِ يَنْصَرِفُ إِلَى الثُّبْسِ (وَكَذَا الْكَلَامُ وَالِدُخُولُ) لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْكَلَامِ الْإِفْهَامُ وَالْمَوْتُ يُنَافِيهِ، وَالْمُرَادُ مِنَ الدُّخُولِ عَلَيْهِ زِيَارَتُهُ وَبَعْدَ الْمَوْتِ يُزَارُ قَبْرُهُ لَا هُوَ.

الشرح:

(بَابُ الْيَمِينِ فِي الضَّرْبِ وَالْقَتْلِ وَغَيْرِهِ): يُرِيدُ بِالْغَيْرِ الْغُسْلَ وَالْكِسْوَةَ، وَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُ وَجْهِ الْمُنَاسَبَةِ فِي الْبَابِ الْمُتَقَدِّمِ (وَمَنْ قَالَ لِأَخْرَ إِنْ ضَرَبْتُكَ فَعَبْدِي حُرٌّ فَمَاتَ فَضْرَبَهُ فَهُوَ عَلَى الْحَيَاةِ لِأَنَّ الضَّرْبَ اسْمٌ لِفِعْلِ مُؤَلَّمٍ يَتَّصِلُ بِالْبَدَنِ) وَهُوَ لَا يَتَحَقَّقُ فِي الْمَيِّتِ لِاتِّفَاءِ الْإِيْلَامِ فِيهِ، وَتَوْقُضَ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْثًا فَاضْرِبْ بِهِ وَلَا تَحْنَثْ﴾ [ص: ٤٤]، فَقَدْ بَرَّ أُيُوبُ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي يَمِينِهِ بِالضَّرْبِ بِهَذَا الَّذِي ذُكِرَ، وَلَمْ يُوجَدْ الْإِيْلَامُ لَمَّا أَنَّ الضُّعْثَ عِبَارَةٌ عَنِ الْحُزْمَةِ الصَّغِيرَةِ مِنْ رِيحَانٍ أَوْ حَشِيشٍ فَلَمْ يَكُنْ لِمَجْمُوعِهِ إِيْلَامٌ فَكَيْفَ لِأَجْزَائِهِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ جَازَ أَنْ يَكُونَ هَذَا حُكْمًا ثَابِتًا بِالنَّصِّ فِي حَقِّ أُيُوبَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ خَاصَّةً إِكْرَامًا لَهُ فِي حَقِّ أَمْرَاتِهِ تَخْفِيفًا عَلَيْهَا لَعَدَمِ جِنَايَتِهَا عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ فَلَا يَلْحَقُ بِهِ غَيْرُهُ، هَذَا إِذَا لَمْ يَكُنْ لِأَجْزَاءِ الضُّعْثِ إِيْلَامٌ عَلَى مَا ذُكِرَ فِي تَفْسِيرِ

الضُّعْثُ.

وَرُوِيَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّ الضُّعْثَ عِبَارَةٌ عَنِ الْقَبْضَةِ مِنَ الشَّجَرِ فَجَازَ أَنْ يُصِيبَهَا
أَلَمْ أَجْزَائِهَا فَكَانَ حُكْمُهُ بَاقِيًا فِي شَرِيعَتِنَا أَيْضًا، وَتَمَامُ الْكَلَامِ فِيهِ فِي الْكَشَافِ وَذَكَرَ
فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ: وَمَنْ حَلَفَ لِيُضْرِبَنَّ فَلَانًا مِائَةَ سَوَاطٍ فَضْرَبَهُ بِهَا ضَرْبَةً وَاحِدَةً إِنْ
وَصَلَ إِلَيْهِ كُلُّ سَوَاطٍ بِحِيلَالِهِ بَرٌّ فِي يَمِينِهِ، وَالْإِيلَامُ شَرْطٌ فِيهِ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الضَّرْبِ
الْإِيلَامُ.

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ يُعَذِّبُ فِي الْقَبْرِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ قَوْلُكُمْ الْإِيلَامُ لَا يَتَحَقَّقُ فِي
الْمَيِّتِ يُشْكَلُ بِعَذَابِ الْمَيِّتِ فِي الْقَبْرِ، وَقَيَّدَ بِقَوْلِ الْعَامَّةِ اخْتِرَازًا عَنْ قَوْلِ أَبِي الْحُسَيْنِ
الصَّالِحِيِّ، فَإِنَّ الْمَيِّتَ عِنْدَهُ يُعَذِّبُ مِنْ غَيْرِ حَيَاةٍ وَلَا يَشْتَرِطُ الْحَيَاةَ لَتُعَذِّبَ الْمَيِّتَ.
وَقَوْلُهُ (وَكَذَلِكَ الْكِسْوَةُ) يَعْنِي إِنْ قَالَ إِنْ كَسَوْتُكَ فَعَبْدِي حُرٌّ فَكَسَاهُ بَعْدَ
الْمَوْتِ لَا يَحْنُثُ.

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ يُرَادُّ بِهِ) أَيُّ الْكِسْوَةِ عَلَى تَأْوِيلِ الْإِكْسَاءِ (التَّمْلِيكُ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ،
وَمِنْهُ الْكِسْوَةُ فِي الْكُفَّارَةِ وَهُوَ مِنَ الْمَيِّتِ لَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا أَنْ يَنْوِي بِهِ) أَيُّ الْكِسْوَةِ (السِّرِّ)
فَحِينَئِذٍ يَحْنُثُ لِأَنَّ فِيهِ تَشْدِيدًا عَلَيْهِ.

وَقَوْلُهُ (وَقِيلَ بِالْفَارِسِيَّةِ يَنْصَرِفُ إِلَى اللَّبْسِ) دُونَ التَّمْلِيكِ وَهُوَ قَوْلُ الْفَقِيهِ أَبُو
الْإِلْبَاسِ عِبَارَةٌ عَنِ السِّرِّ وَالتَّعْطِيَةِ وَالْمَيِّتُ مَحَلٌّ لَذَلِكَ.
وَقَوْلُهُ (وَكَذَا الْكَلَامُ وَالِدُخُولُ) يَعْنِي إِذَا حَلَفَ لَا يُكَلِّمُ فَلَانًا أَوْ حَلَفَ لَا

يَدْخُلُ عَلَى فَلَانٍ فَكَلِمَتُهُ أَوْ دَخَلَ عَلَيْهِ بَعْدَ مَا مَاتَ لَا يَحْنُثُ فِي يَمِينِهِ (لَأَنَّ الْمَقْصُودَ
مِنْ الْكَلَامِ الْإِفْهَامُ وَالْمَوْتُ يُتَافَاهُ، وَالْمَرَادُّ بِالِدُخُولِ عَلَيْهِ زِيَارَتُهُ وَبَعْدَ الْمَوْتِ يُزَارُ قَبْرُهُ لَا
هُوَ) فَإِنْ قِيلَ: قَدْ رُوِيَ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَلَّمَ أَصْحَابَ الْقَلِيبِ حَيْثُ سَمَّاهُمْ
بِأَسْمَائِهِمْ فَقَالَ: هَلْ وَجَدْتُمْ مَا وَعَدَ رَبُّكُمْ حَقًّا فَقَدْ وَجَدْتُ مَا وَعَدَنِي رَبِّي حَقًّا؟»
أُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ كَانَ مُعْجَزَةً لَهُ ﷺ.

(وَلَوْ قَالَ: إِنْ غَسَلْتُكَ فَعَبْدِي حُرٌّ فَفَسَلَهُ بَعْدَ مَا مَاتَ يَحْنُثُ) لِأَنَّ الْغُسْلَ هُوَ

الْإِسَالَةُ وَمَعْنَاهُ التَّطْهِيرُ وَيَتَحَقَّقُ ذَلِكَ فِي الْمَيِّتِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَيَتَحَقَّقُ ذَلِكَ) يَعْنِي التَّطَهِيرَ (فِي الْمَيْتِ) أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ صَلَّى وَهُوَ يَحْمِلُ مَيْتًا مُسْلِمًا لَمْ يُغَسَّلْ لَا تَجُوزُ وَإِنْ كَانَ مَغْسُولًا جَازَتْ.

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَضْرِبُ امْرَأَتَهُ فَمَدَّ شَعْرَهَا أَوْ خَنَقَهَا أَوْ عَضَّهَا حَنْثٌ) لِأَنَّهُ اسْمٌ لِفِعْلِ مُؤَلَّمٍ وَقَدْ تَحَقَّقَ الْإِيلَامُ، (وَقِيلَ لَا يَحْنُثُ فِي حَالِ الْمُلَاعَبَةِ) لِأَنَّهُ يُسَمَّى مُمَارَحَةً لَا ضَرْبًا

الشرح:

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَضْرِبُ امْرَأَتَهُ فَمَدَّ شَعْرَهَا أَوْ خَنَقَهَا أَوْ عَضَّهَا حَنْثٌ) لِأَنَّهُ اسْمٌ لِفِعْلِ مُؤَلَّمٍ يَتَّصِلُ بِالْبَدَنِ (وَقَدْ تَحَقَّقَ الْإِيلَامُ) مِنْ هَذِهِ الْأَفْعَالِ (وَقِيلَ لَا يَحْنُثُ فِي حَالِ الْمُلَاعَبَةِ) وَإِنْ أَوْجَعَهَا وَآلَمَهَا لِأَنَّهُ يُسَمَّى فِي الْعُرْفِ مُمَارَحَةً لَا ضَرْبًا، وَهُوَ مَنْقُولٌ عَنِ الْإِمَامِ فَخْرِ الْإِسْلَامِ.

(وَمَنْ قَالَ: إِنْ لَمْ أَقْتُلْ فُلَانًا فَامْرَأَتُهُ طَالِقٌ وَفُلَانٌ مَيْتٌ وَهُوَ عَالِمٌ بِهِ حَنْثٌ) لِأَنَّهُ عَقْدٌ يَمِينُهُ عَلَى حَيَاةٍ يُحْدِثُهَا اللَّهُ فِيهِ وَهُوَ مُتَصَوِّرٌ فَيَنْعَقِدُ ثُمَّ يَحْنُثُ لِلْعَجْزِ الْعَادِيِّ (فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِهِ لَا يَحْنُثُ) لِأَنَّهُ عَقْدٌ يَمِينُهُ عَلَى حَيَاةٍ كَانَتْ فِيهِ وَلَا تُتَصَوَّرُ فَيَصِيرُ قِيَاسُ مَسْأَلَةِ الْكُوزِ عَلَى الْاِخْتِلَافِ، وَلَيْسَ فِي تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ تَفْصِيلُ الْعِلْمِ وَهُوَ الصَّحِيحُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ قَالَ إِنْ لَمْ أَقْتُلْ فُلَانًا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (هُوَ الصَّحِيحُ) اخْتِرَازٌ كَمَا ذَكَرَهُ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ فَقَالَ فِيهِ: وَلَوْ كَانَ يَعْلَمُ أَنَّ الْكُوزَ لَا مَاءَ فِيهِ فَحَلَفَ وَقَالَ إِنْ لَمْ أَشْرَبِ الْمَاءَ الَّذِي فِي هَذَا الْكُوزِ الْيَوْمَ فَامْرَأَتُهُ طَالِقٌ حَنْثٌ بِالْإِتِّفَاقِ. وَرَوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي رِوَايَةٍ أُخْرَى أَنَّهُ لَا يَحْنُثُ عِلْمٌ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ وَهُوَ الصَّحِيحُ، لِأَنَّهُ عَقْدٌ الْيَمِينِ عَلَى شَرْبِ الْمَاءِ الْمَوْجُودِ فِي الْكُوزِ، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ، وَإِنْ أَحْدَثَ فِي الْكُوزِ مَاءً فَلَيْسَ هُوَ الْمَاءَ الَّذِي كَانَ مَوْجُودًا فِي الْكُوزِ وَقَتَ الْيَمِينِ لِأَنَّ الْمَاءَ الَّذِي أُضِيفَ إِلَيْهِ الشَّرْبُ لَا يَحْتَمِلُ الْوُجُودَ إِذْ الْحَادِثُ غَيْرُهُ، بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الْقَتْلِ إِذْ كَانَ يَعْلَمُ بِمَوْتِ فُلَانٍ لِأَنَّهُ عَقْدٌ يَمِينُهُ عَلَى فِعْلِ الْقَتْلِ فِي فُلَانٍ، فَإِذَا أَحْيَاهُ اللَّهُ تَعَالَى فَهُوَ فُلَانٌ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَأَمَاتَهُ اللَّهُ مِائَةً عَامٍ ثُمَّ بَعَثَهُ﴾ [البقرة: ٢٥٩] وَكَانَ مَا عَقَدَ عَلَيْهِ الْيَمِينُ مُتَوَهِّمًا، وَالْعَادِيُّ مُنْسُوبٌ إِلَى الْعَادَةِ كَالْإِرَادِيِّ مُنْسُوبٌ إِلَى

الإرادة، فَإِنَّ تَاءَ التَّائِيثِ تُحذفُ فِي النِّسْبَةِ.

باب اليمين في تقاضي الدراهم

(وَمَنْ حَلَفَ لِيَقْضِيَنَّ دَيْنَهُ إِلَى قَرِيبٍ فَهُوَ عَلَى مَا دُونَ الشَّهْرِ، وَإِنْ قَالَ إِلَى بَعِيدٍ فَهُوَ أَكْثَرُ مِنَ الشَّهْرِ) لِأَنَّ مَا دُونَهُ يُعَدُّ قَرِيبًا، وَالشَّهْرُ وَمَا زَادَ عَلَيْهِ يُعَدُّ بَعِيدًا، وَلِهَذَا يُقَالُ عِنْدَ بَعْدِ الْعَهْدِ مَا لَقِيتُكَ مِنْذُ شَهْرٍ.

الشرح:

(بَابُ الْيَمِينِ فِي تَقَاضِي الدَّرَاهِمِ): لَمَّا كَانَتْ الدَّرَاهِمُ مِنَ الْوَسَائِلِ دُونَ الْمَقَاصِدِ فِي الْمُعَامَلَاتِ وَغَيْرِهَا أَخَّرَ الْيَمِينَ الَّتِي تَتَعَلَّقُ بِهَا وَخَصَّ الدَّرَاهِمَ بِالذِّكْرِ لَكَوْنِهَا أَكْثَرَ اسْتِعْمَالًا، وَلَقَّبَ الْبَابَ بِالتَّقَاضِي وَالْمَسَائِلِ الْمَذْكُورَةِ فِيهِ بِلَفْظِ الْقَضَاءِ وَالْقَبْضِ وَالْعَدَدِ لِأَنَّ التَّقَاضِي سَبَبٌ لِلْقَضَاءِ وَالْقَبْضِ فَلَقَّبَ بِمَا هُوَ سَبَبٌ لِمَا هُوَ الْمَذْكُورُ فِيهِ، هَذَا مَا قَالَهُ الشَّارِحُونَ.

وَأَقُولُ: جَمِيعُ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ مِنَ الْمَسَائِلِ مَبْنَاهُ عَلَى التَّقَاضِي عَلَى مَا أَصْرَحَ بِذِكْرِهِ عِنْدَ رَأْسِ كُلِّ مَسْأَلَةٍ، وَالْأَصْلُ فِي هَذَا الْبَابِ أَنَّ الدُّيُونَ تُقْضَى بِأَمْثَالِهَا، وَأَنَّ الْعَيْبَ لَا يَعْدُمُ الْجِنْسَ، وَأَنَّ مَا دُونَ الشَّهْرِ قَرِيبٌ وَمَا فَوْقَهُ بَعِيدٌ.

قَالَ: (وَمَنْ حَلَفَ لِيَقْضِيَنَّ دَيْنَهُ). تَقَاضَى الرَّجُلُ دَيْنَهُ وَأَلْحَ فَحَلَفَ غَرِيمُهُ لِيَقْضِيَنَّ دَيْنَهُ (إِلَى قَرِيبٍ فَهُوَ مَا دُونَ الشَّهْرِ، وَإِنْ قَالَ إِلَى بَعِيدٍ فَهُوَ أَكْثَرُ مِنَ الشَّهْرِ) لَمَّا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ، وَجَعَلَ الشَّهْرَ أَيْضًا بَعِيدًا لِأَنَّهُ فِي الْعُرْفِ يُعَدُّ بَعِيدًا

(وَمَنْ حَلَفَ لِيَقْضِيَنَّ فَلَانًا دَيْنَهُ الْيَوْمَ فَقَضَاهُ ثُمَّ وَجَدَ فَلَانٌ بَعْضَهَا زَيْوْفًا أَوْ نَبَهَرَجَةً أَوْ مُسْتَحَقَّةً لَمْ يَحْنُثِ الْحَالِفُ) لِأَنَّ الزِّيَافَةَ عَيْبٌ وَالْعَيْبُ لَا يَعْدُمُ الْجِنْسَ، وَلِهَذَا لَوْ تَجَوَّزَ بِهِ صَارَ مُسْتَوْفِيًا، فَوُجِدَ شَرْطُ الْبِرِّ وَقَبْضُ الْمُسْتَحَقَّةِ صَحِيحٌ وَلَا يَرْتَفَعُ بِرَدِّهِ الْبِرُّ الْمُتَحَقِّقُ (وَإِنْ وَجَدَهَا رَصَاصًا أَوْ سَتُوقَةً حَنْثٌ) لِأَنَّهُمَا لَيْسَا مِنْ جِنْسِ الدَّرَاهِمِ حَتَّى لَا يَجُوزَ التَّجَوُّزُ بِهِمَا فِي الصَّرْفِ وَالسَّلَمِ (وَإِنْ بَاعَهُ بِهَا عَبْدًا وَقَبَضَهُ بَرٌّ فِي يَمِينِهِ) لِأَنَّ قَضَاءَ الدَّيْنِ طَرِيقُهُ الْمَقَاصَةُ وَقَدْ تَحَقَّقَتْ بِمَجَرَّدِ الْبَيْعِ فَكَأَنَّهُ شَرْطُ الْقَبْضِ لِيَتَقَرَّرَ بِهِ (وَإِنْ وَهَبَهَا لَهُ) يَعْنِي الدَّيْنَ (لَمْ يَبْرَ) لِعَدَمِ الْمَقَاصَةِ لِأَنَّ الْقَضَاءَ فَعَلُهُ، وَالْهَبَةُ إِسْقَاطٌ مِنْ صَاحِبِ الدَّيْنِ.

الشرح:

وَأِنْ زَادَ فِي التَّقَاضِي (فَحَلَفَ لِيَقْضِيَنَّ دَيْنَهُ الْيَوْمَ فَقَضَاهُ ثُمَّ وَجَدَ فُلَانٌ بَعْضَهَا زُيُوفًا أَوْ تَبْهَرَجَةً أَوْ مُسْتَحَقَّةً بَرًّا فِي يَمِينِهِ) لَمَّا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ، وَالزَّيْفُ مَا يَرُدُّهُ يَنْتُ الْمَالُ، وَالتَّبْهَرَجُ مَا يَرُدُّهُ التُّجَّارُ، وَسَيَأْتِي فِي كِتَابِ الْبُيُوعِ.

وَقَوْلُهُ (فَوُجِدَ شَرْطُ بَرِّهِ) يَعْنِي قَضَاءَ دَيْنِهِ فِي الْيَوْمِ (وَقَبْضُ الْمُسْتَحَقَّةِ صَحِيحٌ) أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ اشْتَرَى بِهَا شَيْئًا فَأَخَذَهَا الْمُسْتَحَقُّ بَقِي الْبَيْعِ صَحِيحًا، وَلَوْ لَمْ يَصِحَّ قَبْضُ الْمُسْتَحَقَّةِ لَبَطَلَ الْبَيْعُ لَكُونِهِ بِلَا ثَمَنِ (وَلَا يَرْتَفِعُ بِرَدِّهِ) أَيِ بَرْدٍ مَا قَضَى مِنَ الزُّيُوفِ أَوْ التَّبْهَرَجَةِ أَوْ الْمُسْتَحَقَّةِ (الْبَرُّ الْمُتَحَقِّقُ) لِأَنَّ الْيَمِينَ لَمَّا انْحَلَّتْ بِوُجُودِ الشَّرْطِ لَمْ يَقْبَلِ الْفَسْخُ وَالِاتِّفَاضُ كَالْكِتَابَةِ، فَإِنَّ مَوْلَى الْمُكَاتَّبِ إِذَا رَدَّ الْبَدَلَ لَكُونِهِ زَيْفًا أَوْ تَبْهَرَجَةً أَوْ اسْتَرَدَّ بِالِاسْتِحْقَاقِ لَا يُنْتَقِضُ الْعَتَقُ، بِخِلَافِ قَضَاءِ الدَّيْنِ فَإِنَّهُ يُنْتَقِضُ بِرَدِّ الْمَقْبُوضِ لَعَيْبٍ أَوْ اسْتِحْقَاقٍ لِأَنَّ مَبْنَاهُ الْمَقَاصَّةُ وَقَدْ زَالَتْ.

قَوْلُهُ (وَأِنْ وَجَدَهَا رَصَاصًا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ قَضَاءَ الدَّيْنِ طَرِيقُهُ الْمَقَاصَّةُ) بَيَّانُهُ أَنَّ مَا يَقْبِضُهُ رَبُّ الدَّيْنِ يَصِيرُ مَضْمُونًا عَلَيْهِ لِأَنَّهُ يَقْبِضُهُ لِنَفْسِهِ عَلَى وَجْهِ التَّمْلِيكِ، وَلَرَبُّ الدَّيْنِ عَلَى الْمَدْيُونِ مِثْلُهُ، أَيِ مِثْلُ مَا فِي ذِمَّتِهِ فَيَلْتَقِيَانِ قِصَاصًا (وَقَدْ تَحَقَّقَتْ بِمُجَرَّدِ الْبَيْعِ) لِأَنَّ ثَمَنَ الْعَبْدِ آخِرُ الدَّيْنَيْنِ فَيَكُونُ قَضَاءُ عَنْ الْأَوَّلِ، وَإِنَّمَا كَانَ طَرِيقُ قَضَاءِ الدَّيْنِ الْمَقَاصَّةَ لِأَنَّ قَضَاءَ الدَّيْنِ حَقِيقَةً لَا يُتَصَوَّرُ لِأَنَّ الْقَضَاءَ يُصَادِفُ الْعَيْنَ وَحَقُّ صَاحِبِ الدَّيْنِ فِي وَصْفٍ فِي الذِّمَّةِ وَلِهَذَا قَالُوا الدَّيُونُ تُقْضَى بِأَمْثَالِهَا.

وَقَوْلُهُ (فَكَأَنَّهُ شَرْطُ الْقَبْضِ) كَأَنَّهُ إِشَارَةٌ إِلَى الْجَوَابِ عَمَّا يُقَالُ لَوْ تَحَقَّقَتْ الْمَقَاصَّةُ بِمُجَرَّدِ الْبَيْعِ لَمَّا قَالَ مُحَمَّدٌ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَيَقْبِضُهُ. وَوَجْهُهُ أَنَّ اشْتِرَاطَ الْقَبْضِ لِيَكُونَ هَذَا الدَّيْنُ مِثْلَ الدَّيْنِ الَّذِي لِلْمُشْتَرِي عَلَيْهِ لِأَنَّ مَالَهُ مِنَ الدَّيْنِ عَلَيْهِ مُتَقَرَّرٌ وَثَمَنُ الْعَبْدِ غَيْرُ مُتَقَرَّرٍ قَبْلَ الْقَبْضِ لِأَنَّهُ عَلَى شَرَفِ السَّقُوطِ بِمَوْتِهِ، فَإِذَا قَبِضَهُ صَارَ مُتَقَرَّرًا فَيَكُونُ مِثْلُهُ فَيَتَقَاصَّانِ (وَأِنْ وَهَبَهَا لَهُ) أَيِ إِنْ وَهَبَ الدَّائِنُ دَيْنَهُ لِلْمَدْيُونِ (لَمْ يَبْرَأِ) الْحَالِفُ (لِعَدَمِ الْمَقَاصَّةِ) لِأَنَّ الْمُخْلُوفَ عَلَيْهِ فَعَلُهُ وَهُوَ الْقَضَاءُ (وَالْهَبَةُ) لَيْسَتْ فَعْلُهُ لِأَنَّهَا (إِسْقَاطٌ مِنْ صَاحِبِ الدَّيْنِ) وَإِنَّمَا قَالَ لَمْ يَبْرَأْ لِأَنَّهُ أَعَمُّ مِنَ الْحِنْثِ، فَكَأَنَّهُ أَشَارَ بِذَلِكَ إِلَى أَنَّهُ لَمْ يَبْرَأْ وَلَمْ يَحْنُثْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ لِفَوَاتِ

المَحْلُوفِ عَلَيْهِ وَهُوَ الدَّيْنُ، وَفَوَاتُ الْمَحْلُوفِ عَلَيْهِ عِنْدَهُمَا جِهَةٌ فِي بَطْلَانِ الْيَمِينِ كَمَا فِي مَسْأَلَةِ الْكُوزِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ.

قَالَ بَعْضُ الشَّارِحِينَ: وَلَنَا فِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَلْزَمُ ارْتِفَاعُ التَّقْيِضَيْنِ، وَهُوَ فَاسِدٌ بِمَرَّةٍ لِأَنَّ الْبَرَّ يَقِضُ الْحِنْثَ، فَمِنْ وُجُودِ أَحَدِهِمَا يَلْزَمُ ارْتِفَاعُ الْآخَرِ وَمِنْ ارْتِفَاعِ أَحَدِهِمَا يَلْزَمُ وُجُودُ الْآخَرِ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَرْتَفِعَا جَمِيعًا.

وَأَقُولُ: لَيْسَا بِتَقْيِضَيْنِ عَلَى اصْطِلَاحِ أَهْلِ الْمَعْقُولِ وَغَيْرِ الْحَالِفِ لَا يَتَّصِفُ بِأَحَدِهِمَا وَشَأْنُ التَّقْيِضَيْنِ لَيْسَ كَذَلِكَ، فَإِذَا بَطَلَ الْيَمِينُ بِفَوَاتِ تَصَوُّرِ الْبَرِّ صَارَ كَغَيْرِ الْحَالِفِ مِنَ النَّاسِ فَيَجُوزُ أَنْ لَا يَتَّصِفَ بِوَاحِدٍ مِنْهُمَا.

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَقْبِضُ دَيْنَهُ دِرْهَمًا دُونَ دِرْهَمٍ فَقَبِضَ بَعْضَهُ لَمْ يَحْنَثْ حَتَّى يَقْبِضَ جَمِيعَهُ) لِأَنَّ الشَّرْطَ قَبْضُ الْكُلِّ وَلَكِنَّهُ يَوْصَفُ التَّفَرُّقُ، أَلَا يُرَى أَنَّهُ أَضَافَ الْقَبْضَ إِلَى دَيْنٍ مُعَرَّفٍ مُضَافٍ إِلَيْهِ فَيَنْصَرِفُ إِلَى كُلِّهِ فَلَا يَحْنَثُ إِلَّا بِهِ (فَإِنْ قَبِضَ دَيْنَهُ فِي وَزْنَيْنِ لَمْ يَتَشَاغَلْ بَيْنَهُمَا إِلَّا بِعَمَلِ الْوَزْنِ لَمْ يَحْنَثْ وَلَيْسَ ذَلِكَ بِتَفْرِيقٍ) لِأَنَّهُ قَدْ يَتَعَدَّرُ قَبْضُ الْكُلِّ دُفْعَةً وَاحِدَةً عَادَةً فَيَصِيرُ هَذَا الْقَدْرُ مُسْتَثْنَى مِنْهُ.

الشرح:

وَإِذَا تَقَاضَى دَيْنُهُ فَقَالَ أَقْضِيهَا مُنْجَمًا فَحَلَفَ (لَا يَقْبِضُ دَيْنَهُ دِرْهَمًا دُونَ دِرْهَمٍ فَقَبِضَ بَعْضَهُ لَمْ يَحْنَثْ حَتَّى يَقْبِضَ الْجَمِيعَ) مُتَّفَقًا لِأَنَّ شَرْطَ الْحِنْثِ أَمْرٌ مُرَكَّبٌ مِنْ قَبْضِ الْكُلِّ يَوْصَفُ التَّفَرُّقُ لِأَنَّهُ أَضَافَ الْقَبْضَ إِلَى دَيْنٍ مُعَرَّفٍ مُضَافٍ إِلَيْهِ، وَهُوَ اسْمٌ لِكُلِّ مَا لَهُ عَلَيْهِ (فَيَنْصَرِفُ إِلَيْهِ) وَالْمُرَكَّبُ يَنْتَفِي بِإِثْنَاءِ جُزْئِهِ، فَإِذَا وَجَدَ أَحَدَهُمَا دُونَ الْآخَرِ لَمْ يَحْنَثْ، وَهَاهُنَا إِنْ قَاتَ عَدَمُ التَّفَرُّقِ لَمْ يُوجَدْ قَبْضُ الْجَمِيعِ. وَقَوْلُهُ (فَإِنْ قَبِضَ دَيْنَهُ فِي وَزْنَيْنِ ظَاهِرٌ).

(وَمَنْ قَالَ: إِنْ كَانَ لِي إِلَّا مِائَةٌ دِرْهَمٍ فَأَمْرَأَتُهُ طَالِقٌ فَلَا يَمْلِكُ إِلَّا خَمْسِينَ دِرْهَمًا لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهُ عَرَفًا نَفْيًا مَا زَادَ عَلَى الْمِائَةِ وَلِأَنَّ اسْتِثْنَاءَ الْمِائَةِ اسْتِثْنَاءُهَا بِجَمِيعِ أَجْزَائِهَا (وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ غَيْرَ مِائَةٍ أَوْ سِوَى مِائَةٍ) لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ آدَاءُ الْاسْتِثْنَاءِ.

الشرح:

وَمَنْ تَقَاضَى مِنْ غَرِيمِهِ مِائَتَيْنِ فَقَالَ لَا أَمْلِكُ ذَلِكَ الْمِقْدَارَ فَلَمْ يُصَدِّقْهُ فَقَالَ (إِنْ

كَانَ لِي إِلَّا مِائَةٌ دِرْهَمٍ فَأَمْرَأَتُهُ طَالِقٌ وَلَمْ يَمْلِكْ إِلَّا خَمْسِينَ دِرْهَمًا لَمْ يَحْنُثْ) لَمَّا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ. قَوْلُهُ (وَلَأَنَّ اسْتِثْنَاءَ الْمِائَةِ اسْتِثْنَاؤُهَا بِجَمِيعِ أَجْزَائِهَا) يَعْنِي فَكَانَ اسْتِثْنَاءُ الْخَمْسِينَ دَاخِلًا تَحْتَ اسْتِثْنَاءِ الْمِائَةِ لِأَنَّ الْخَمْسِينَ مِنْ أَجْزَاءِ الْمِائَةِ فَلِلذَلِكَ لَمْ يَحْنُثْ.

مسائل متفرقة

(وَإِذَا حَلَفَ لَا يَفْعَلُ كَذَا تَرَكَّهُ أَبَدًا) لِأَنَّهُ نَصَى الْفِعْلَ مُطْلَقًا فَعَمَّ الْامْتِنَاعُ ضَرُورَةَ عُمُومِ النَّصِي (وَإِنْ حَلَفَ لِيَفْعَلَ كَذَا فَفَعَلَهُ مَرَّةً وَاحِدَةً بَرَّ فِي يَمِينِهِ) لِأَنَّ الْمُتَلَتِّمَ فِعْلَ وَاحِدٍ غَيْرِ عَيْنٍ، إِذَا الْمَقَامُ مَقَامُ الْإِثْبَاتِ فَيَبْرُ بِأَيِّ فِعْلٍ فَعَلَهُ، وَإِنَّمَا يَحْنُثُ بِوُقُوعِ الْيَأْسِ عَنْهُ وَذَلِكَ بِمَوْتِهِ أَوْ بِفَوْتِ مَحَلِّ الْفِعْلِ.

الشرح:

(مَسَائِلُ مُتَفَرِّقَةٌ): أَيُّ هَذِهِ الْمَسَائِلُ الَّتِي أَذْكَرُهَا مَسَائِلُ مُتَفَرِّقَةٌ، وَمِنْ ذَابِ الْمُصَنِّفِينَ ذَكَرَ مَا شَدَّ مِنَ الْأَبْوَابِ فِي آخِرِ الْكِتَابِ.

(وَإِذَا حَلَفَ لَا يَفْعَلُ كَذَا تَرَكَّهُ أَبَدًا) الْيَمِينُ عَلَى فِعْلِ الشَّيْءِ أَوْ تَرَكَّهُ لَا تَخْلُو إِمَّا أَنْ تُكَوِّنَ مُؤَقَّتَةً بِوَقْتِ كَيَوْمٍ وَشَهْرٍ أَوْ مُطْلَقَةً، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ، فَإِنْ كَانَ عَلَى التَّرَكِّ تَرَكَّهُ أَبَدًا، وَإِنْ كَانَ عَلَى الْفِعْلِ بَرَّ بِفِعْلِهِ مَرَّةً عَلَى أَيِّ وَجْهِ كَانَ نَاسِيًا أَوْ عَامِدًا مُخْتَارًا أَوْ مُكْرَهًا أَوْ بِطَرِيقِ التَّوَكُّيلِ؛ لِأَنَّ الْفِعْلَ مُشْتَمِلٌ عَلَى مَصْدَرِهِ اشْتِمَالِ الْكُلِّ عَلَى الْجُزْءِ، وَهُوَ مُنْكَرٌ لِعَدَمِ الْحَاجَةِ إِلَى التَّعْرِيفِ، وَالتَّكْرَرُ فِي سِيَاقِ النَّصِي نَعْمٌ فَيُوجِبُ عُمُومَ الْامْتِنَاعِ، وَفِي الْإِثْبَاتِ تُخَصُّ، فَإِنْ فَعَلَهُ فِي صُورَةِ النَّصِي مَرَّةً حَنْثٌ، وَإِنْ فَعَلَهُ فِي صُورَةِ الْإِثْبَاتِ مَرَّةً بَرَّ.

(وَإِنَّمَا يَحْنُثُ بِوُقُوعِ الْيَأْسِ عَنْهُ وَذَلِكَ بِمَوْتِ الْحَالِفِ أَوْ بِفَوْتِ مَحَلِّ الْفِعْلِ) فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلَ وَلَمْ يَذْكُرْهُ فِي الْكِتَابِ فَإِنَّهُ لَا يَحْنُثُ فِيهِ قَبْلَ مُضِيِّ الْوَقْتِ وَإِنْ وَقَعَ الْيَأْسُ بِمَوْتِهِ أَوْ بِفَوْتِ الْمَحَلِّ لِأَنَّ الْوَقْتَ مَانِعٌ مِنَ الْإِنْحِلَالِ، إِذْ لَوْ انْحَلَّ قَبْلَ مُضِيِّ الْوَقْتِ لَمْ يَكُنْ لِلتَّوَقُّعِ فَائِدَةٌ

(وَإِذَا اسْتَحْلَفَ الْوَالِي رَجُلًا لِيُعْلِمَنَّهُ بِكُلِّ دَاعِرٍ دَخَلَ الْبَلَدَ فَهَذَا عَلَى حَالِ وَلَايَتِهِ خَاصَّةً) لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهُ دَفْعُ شَرِّهِ أَوْ هَرَجِهِ بِزَجَرِهِ فَلَا يُفِيدُ فَائِدَتَهُ بَعْدَ زَوَالِ سُلْطَانَتِهِ، وَالزَّوَالُ بِالْمَوْتِ وَكَذَا بِالْعَزْلِ إِلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ

الشرح:

(وَإِذَا اسْتَحْلَفَ الْوَالِي رَجُلًا لِيُعْلِمَنَهُ بِكُلِّ دَاعِرٍ) أَيُّ مُفْسِدٍ خَبِيثٍ مِنَ الدَّعَارَةِ وَهِيَ الْخُبْتُ وَالْفَسَادُ (دَخَلَ الْبَلَدَ كَانَ الْإِعْلَامُ وَاجِبًا حَالًا وَلَا يَتِيهِ خَاصَّةً) وَلَيْسَ يَلْزَمُ الْإِعْلَامُ حَالُ دُخُولِهِ، وَإِنَّمَا يَلْزَمُهُ أَنْ لَا يُؤَخَّرَ الْإِعْلَامُ إِلَى مَا بَعْدَ مَوْتِ الْوَالِي أَوْ عَزْلِهِ عَلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ (لَأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهُ) أَيُّ مِنَ الْإِعْلَامِ (دَفْعُ شَرِّهِ) أَيُّ شَرِّ نَفْسِ الدَّاعِرِ (أَوْ شَرِّ غَيْرِهِ بِزَجَرِهِ) فَإِنَّ الْوَالِي إِذَا زَجَرَهُ وَأَدَّبَهُ لِدَعَارَتِهِ يَنْزَجِرُ غَيْرُهُ مِنَ الدَّعَارَةِ لَوْ كَانَتْ فِي قَصْدِهِ أَوْ نِيَّتِهِ، وَهَذَا الْمَقْصُودُ إِنَّمَا يُفِيدُ فَائِدَتَهُ إِذَا كَانَ الْوَالِي قَادِرًا عَلَى تَنْفِيذِهِ وَذَلِكَ بِالسُّلْطَانَةِ وَالسُّلْطَنَةِ تَزُولُ بِالْمَوْتِ لَا مَحَالَةَ (وَكَذَلِكَ بِالْعَزْلِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ) وَإِنَّمَا قِيدَ بِظَاهِرِ الرِّوَايَةِ اخْتِرَازٌ عَمَّا رَوَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَجِبُ الْإِعْلَامُ عَلَى الْحَالِفِ بَعْدَ عَزْلِ الْمُسْتَحْلَفِ أَيْضًا لِأَنَّهُ مُفِيدٌ فِي الْحُمْلَةِ.

(وَمَنْ حَلَفَ أَنْ يَهَبَ عَبْدَهُ لِفُلَانٍ فَوَهَبَهُ وَلَمْ يَقْبَلْ بَرٌّ فِي يَمِينِهِ) خِلَافًا لَزَهْرَ فَإِنَّهُ يَعْتَبَرُهُ بِالْبَيْعِ لِأَنَّهُ تَمْلِيكَ مِثْلُهُ. وَلَنَا أَنَّهُ عَقْدُ تَبَرُّعٍ فَيَتِمُّ بِالْمُتَبَرِّعِ وَلِهَذَا يُقَالُ وَهَبَ وَلَمْ يَقْبَلْ، وَلِأَنَّ الْمَقْصُودَ إِظْهَارُ السَّمَاحَةِ وَذَلِكَ يَتِمُّ بِهِ، أَمَّا الْبَيْعُ فَمُعَاوَضَةٌ فَاهْتَضَى الْفِعْلُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ) (حَلَفَ أَنْ يَهَبَ) عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَاضِحٌ، وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي ثُبُوتِ الْمَلِكِ قَبْلَ الْقَبُولِ، فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ بِثُبُوتِهِ إِلَّا أَنَّهُ بِالرَّدِّ يُنْتَقَضُ دَفْعًا لَضَرَرِ الْمَنَّةِ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ بَعْدَمِهِ لَاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ الْمُوْهُوبُ مُحَرَّمًا لِلْمُوْهُوبِ لَهُ فَيَعْتَقُ عَلَيْهِ فَلَا يُمَكِّنُ دَفْعَ الضَّرَرِ فَيَتَوَقَّفُ الثُّبُوتُ عَلَى الْقَبُولِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ وَكُلِّ عَقْدٍ فِيهِ بَدَلٌ لِأَنَّهُ تَمْلُكٌ مِنَ الْجَانِبَيْنِ فَكَانَ تَمَامُهُ بِهِمَا.

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَشْتُمُ رِيحَانًا فَشَتَمَ وَرَدًا أَوْ يَأْسَمِينَا لَا يَحْنُثُ) لِأَنَّهُ اسْمٌ لِمَا لَا سَاقَ لَهُ

وَلَهُمَا سَاقٌ.

الشرح:

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَشْتُمُ رِيحَانًا فَشَتَمَ وَرَدًا أَوْ يَأْسَمِينَا لَا يَحْنُثُ) لِأَنَّهُ اسْمٌ لِمَا لَا سَاقَ لَهُ وَلَهُمَا سَاقٌ) قِيلَ هَذَا تَفْسِيرُ الْإِمَامِ فَخْرِ الْإِسْلَامِ وَقَلَدُهُ الصَّدْرُ الشَّهِيدُ

وَالْمُصَنَّفُ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ فِي قَوَانِينِ اللَّغَةِ الرَّيْحَانُ بِهَذَا التَّفْسِيرِ أَصْلًا.
وَجَوَابُهُ أَنَّ مَعْنَى قَوْلِهِ اسْمٌ لَمَّا لَا سَاقَ لَهُ أَنَّ لِسَاقِهِ رَائِحَةً طَيِّبَةً كَمَا لَوْرَقِهِ
اصْطَلَحَ عَلَيْهِ الْفُقَهَاءُ وَإِنْ لَمْ يَثْبُتْ فِي اللَّغَةِ، عَلَى أَنَّ نَفْيَهُ فِي اللَّغَةِ يَتَوَقَّفُ عَلَى
الاسْتِقْرَاءِ التَّامِّ فِي أَوْضَاعِ اللَّغَةِ وَهُوَ مُتَعَذِّرٌ.

وَقِيلَ فِي الضَّائِبِ بَيْنَ الْوَرْدِ وَالرَّيْحَانِ أَنَّ مَا يَثْبُتُ مِنْ بَزْرِهِ مِمَّا لَا شَجَرَ لَهُ
وَلَعَيْنِهِ رَائِحَةٌ طَيِّبَةٌ مُسْتَلَذَّةٌ فَهُوَ رَيْحَانٌ، وَمَا يَثْبُتُ مِنَ الشَّجَرِ وَلَوْرَقِهِ رَائِحَةٌ مُسْتَلَذَّةٌ
فَهُوَ وَرْدٌ.

(وَلَوْ حَلَفَ لَا يَشْتَرِي بِنَفْسَجَا وَلَا نِيَّةَ لَهُ فَهُوَ عَلَى ذَهْنِهِ) اعْتِبَارًا لِلْعُرْفِ وَلِهَذَا
يُسَمَّى بِائِعُهُ بَائِعَ الْبِنْفَسَجِ وَالشِّرَاءُ يَنْبَنِي عَلَيْهِ وَقِيلَ فِي عُرْفِنَا يَقَعُ عَلَى الْوَرَقِ (وَأِنْ
حَلَفَ عَلَى الْوَرْدِ فَالْيَمِينُ عَلَى الْوَرَقِ) لِأَنَّهُ حَقِيقَةٌ فِيهِ وَالْعُرْفُ مُقَرَّرٌ لَهُ، وَفِي الْبِنْفَسَجِ
قَاضٍ عَلَيْهِ.

الشرح:

(وَمَنْ حَلَفَ لَا يَشْتَرِي بِنَفْسَجَا فَاشْتَرَى ذَهْنًا بِنَفْسَجٍ حَتَّى اعْتِبَارًا لِلْعُرْفِ
وَلِهَذَا يُسَمَّى بِائِعُهُ بَائِعَ الْبِنْفَسَجِ وَالشِّرَاءُ يَنْبَنِي عَلَيْهِ) أَيُّ عَلَى الْبَيْعِ وَهَذَا فِي عُرْفِ أَهْلِ
الْكُوفَةِ وَقِيلَ فِي عُرْفِنَا يَقَعُ عَلَى الْوَرَقِ، وَإِنْ حَلَفَ عَلَى الْوَرْدِ فَالْيَمِينُ عَلَى الْوَرَقِ؛
لِأَنَّهُ) أَيُّ الْوَرْدِ (حَقِيقَةٌ فِيهِ) أَيُّ فِي الْوَرَقِ (وَالْعُرْفُ مُقَرَّرٌ لَهُ) أَيُّ لَوْقُوعِ الْيَمِينِ عَلَى
الْحَقِيقَةِ: يَعْنِي أَنَّ اسْمَ الْوَرْدِ عَلَى الْوَرَقِ حَقِيقَةٌ، وَفِي الْعُرْفِ أَيْضًا يُفْهَمُ مِنْهُ ذَلِكَ فَكَانَ
الْعُرْفُ مُقَرَّرًا لِلْوُقُوعِ عَلَى الْحَقِيقَةِ (وَفِي الْبِنْفَسَجِ قَاضٍ عَلَيْهِ) أَيُّ غَالِبٌ رَاجِحٌ: يَعْنِي
أَنَّ اسْمَ الْبِنْفَسَجِ يَقَعُ عَلَى عَيْنِ الْبِنْفَسَجِ حَقِيقَةً كَمَا هُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ لَا عَلَى ذَهْنِهِ،
وَلَكِنْ الْعُرْفُ غَيْرُ تِلْكَ الْحَقِيقَةِ مِنْ عَيْنِهِ إِلَى ذَهْنِهِ فَكَانَ الْعُرْفُ غَالِبًا وَرَاجِحًا فِي اسْمِ
الْبِنْفَسَجِ عَلَى حَقِيقَتِهِ.

كِتَابُ الْحُدُودِ

قَالَ: الْحَدُّ لُغَةً: هُوَ الْمَنْعُ، وَمِنْهُ الْحَدَادُ لِلْبَوَابِ. وَفِي الشَّرِيعَةِ: هُوَ الْعُقُوبَةُ الْمَقْدَرَةُ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى حَتَّى لَا يُسَمَّى الْقِصَاصُ حَدًّا لِأَنَّهُ حَقُّ الْعَبْدِ وَلَا التَّعْزِيرُ لِعَدَمِ التَّقْدِيرِ. وَالْمَقْصِدُ الْأَصْلِيُّ مِنْ شَرْعِهِ الْأَنْزِجَارُ عَمَّا يَتَضَرَّرُ بِهِ الْعِبَادُ، وَالطَّهَارَةُ لَيْسَتْ أَصْلِيَّةً فِيهِ بِدَلِيلِ شَرْعِهِ فِي حَقِّ الْكَافِرِ.

الشرح:

(كِتَابُ الْحُدُودِ): لَمَّا فَرَّغَ مِنْ ذِكْرِ الْإِيمَانِ وَكَفَّارَتِهَا الدَّائِرَةِ بَيْنَ الْعِبَادَةِ وَالْعُقُوبَةِ أَوْرَدَ عَقِيْبَهَا الْعُقُوبَاتِ الْمَحْضَةَ. وَمَحَاسِنُ الْحُدُودِ كَثِيرَةٌ لَمَّا أَنَّهَا تَرْفَعُ الْفَسَادَ الْوَاقِعَ فِي الْعَالَمِ وَتَحْفَظُ الثُّفُوسَ وَالْأَعْرَاضَ وَالْأَمْوَالَ سَالِمَةً عَنِ الْإِثْدَالِ. وَأَمَّا سَبَبُهَا فَسَبَبُ كُلِّ مِنْهَا مَا أُضِيفَ إِلَيْهِ مِثْلُ حَدِّ الزَّنا وَحَدِّ الْقَذْفِ وَغَيْرِهِمَا. وَأَمَّا تَفْسِيرُهُ لُغَةً وَشَرِيعَةً وَالْمَقْصِدُ الْأَصْلِيُّ مِنْ شَرْعِهِ وَهُوَ الْحُكْمُ فَقَدْ ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ

قَالَ (الزَّنا يَثْبُتُ بِالْبَيِّنَةِ وَالْإِقْرَارِ) وَالْمُرَادُ ثَبُوتُهُ عِنْدَ الْإِمَامِ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ دَلِيلُ ظَاهِرٍ، وَكَذَا الْإِقْرَارُ لِأَنَّ الصَّدَقَ فِيهِ مُرَجَّحٌ لَا سِيَّامًا فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِثُبُوتِهِ مَضَرَّةٌ وَمَعْرَّةٌ، وَالْوُصُولُ إِلَى الْعِلْمِ الْقَطْعِيِّ مُتَعَدِّرٌ، فَيَكْتَفَى بِالظَّاهِرِ. قَالَ (فَالْبَيِّنَةُ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَةً مِنَ الشُّهُودِ عَلَى رَجُلٍ أَوْ امْرَأَةٍ بِالزَّنا) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ﴾ [النساء: ١٥] وَقَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾ [النور: ٤] وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: لِلَّذِي قَذَفَ امْرَأَتَهُ: «إِنَّهُ بِأَرْبَعَةٍ يَشْهَدُونَ عَلَى صِدْقِ مَقَالَتِكَ» ^(١) وَلَأنَّ فِي اشْتِرَاطِ الْأَرْبَعَةِ يَتَحَقَّقُ مَعْنَى السِّرِّ وَهُوَ مَنْدُوبٌ إِلَيْهِ وَالْإِشَاعَةُ ضِدُّهُ

الشرح:

قَالَ (الزَّنا يَثْبُتُ بِالْبَيِّنَةِ وَالْإِقْرَارِ) الزَّنا يُبَدَّ وَيُقْصَرُ، فَالْقَصْرُ لُغَةٌ أَهْلُ الْحِجَازِ وَالْمَدُّ لِأَهْلِ نَجْدٍ. قَالَ الْفَرَزْدَقُ: أَبَا حَاضِرٍ مَنْ يَزْنَ يُعْرِفُ زَنَاؤُهُ وَمَنْ يَشْرَبُ الْخُرْطُومَ يُصْبِحُ مُسْكِرًا يُخَاطَبُ رَجُلًا يُكْنَى أَبَا حَاضِرٍ، وَالْخُرْطُومُ الْخَمْرُ، وَالْمُسْكِرُ بِفَتْحٍ الْكَافِ الْمَخْمُورُ. وَتَفْسِيرُهُ فِي الشَّرْعِ قَضَاءُ الْمُكْلَفِ شَهْوَتَهُ فِي قُبُلِ امْرَأَةٍ خَالِيَةٍ عَنِ الْمَلَائِكِينَ وَشُبُهَتَيْهَا لَا شُبُهَةَ الْاِشْتِيَاءِ وَتُمْكِينَ الْمَرْأَةِ مِنْ ذَلِكَ. وَاخْتِيارَ لَفْظِ الْقَضَاءِ إِشَارَةً إِلَى أَنَّ

(١) قَالَ الزَّيْلَعِيُّ فِي نَصَبِ الرَّايَةِ (٣/٤٧٨): غَرِيبٌ هَذَا اللَّفْظُ.

مُجَرَّدَ الْإِيلَاجِ زِنَا، وَلِهَذَا يَثْبُتُ بِهِ الْغُسْلُ، وَالْمَكْلَفُ لِيَخْرُجَ الصَّبِيُّ وَالْمَجْنُونُ، وَالْمُرَادُ بِالْمَلَكَيْنِ مَلِكُ النِّكَاحِ وَمَلِكُ الْيَمِينِ وَبَشْبَهَةُ مَلِكِ النِّكَاحِ مَا إِذَا وَطِئَ امْرَأَةً تَزَوَّجَهَا بِغَيْرِ شُهُودٍ أَوْ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهَا وَمَا أَشْبَهَهُ. وَبَشْبَهَةُ مَلِكِ الْيَمِينِ، مَا إِذَا وَطِئَ جَارِيَةً ابْنَهُ أَوْ مَكَاتِبَهُ أَوْ عَبْدَهُ الْمَأْذُونِ الْمَدْيُونِ، وَبَشْبَهَةُ الْأَشْتَبَاهِ مَا إِذَا وَطِئَ الْإِبْنَ جَارِيَةَ أَبِيهِ عَلَى ظَنِّ أَنَّهَا تَحِلُّ لَهُ. وَالزَّنَا يَثْبُتُ بِالْبَيِّنَةِ وَالْإِقْرَارِ.

قَالَ الْمُصَنِّفُ (وَالْمُرَادُ بَيُّوْنُهُ عِنْدَ الْإِمَامِ) وَإِنَّمَا قَالَ كَذَلِكَ لِأَنَّ الزَّنَا عَلَى التَّفْسِيرِ الْمَذْكُورِ يَثْبُتُ بِفَعْلِهِمَا وَيَتَحَقَّقُ فِي الْخَارِجِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ لَا بَيِّنَةٌ وَلَا إِقْرَارٌ، وَإِنَّمَا انْحَصَرَ فِي ذَلِكَ لِأَنَّهُ لَا يَظْهَرُ بُيُوْنُهُ بَعْلِمِ الْقَاضِي؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِحُجَّةٍ فِي هَذَا الْبَابِ وَكَذَلِكَ فِي سَائِرِ الْحُدُودِ الْخَالِصَةِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَإِذَا لَمْ يَأْتُوا بِالشَّهَادَةِ فَأُولَئِكَ عِنْدَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ﴾ [النور: ١٣] وَقَوْلُهُ (مَعْرَةٌ وَمَضْرَةٌ) الْمَضْرَةُ ضَرَرٌ ظَاهِرٌ عَلَى الْبَدَنِ، وَالْمَعْرَةُ ضَرَرٌ يَتَّصِلُ بِبَدَنِهِ وَيَسْرِي إِلَى بَاطِنِهِ مِنْ لُحُوقِ الْعَارِ بِائْتِسَابِهِ إِلَى الزَّنَا. وَقَوْلُهُ (فَالْبَيِّنَةُ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَةٌ مِنَ الشُّهُودِ) ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّ فِي اشْتِرَاطِ الْأَرْبَعَةِ تَحْقِيقَ مَعْنَى السِّرِّ) احْتِرَازٌ عَنْ قَوْلٍ مَنْ يَقُولُ إِنَّمَا اشْتَرَطَ الْأَرْبَعَ لِأَنَّ الزَّنَا لَا يَتِمُّ إِلَّا بِاثْنَيْنِ، وَفَعْلُ كُلِّ وَاحِدٍ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِشَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ فَإِنَّهُ ضَعِيفٌ؛ لِأَنَّ فَعْلَ الْوَاحِدِ كَمَا يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ كَذَلِكَ يَثْبُتُ بِهَا فَعْلُ الْاِثْنَيْنِ، وَإِنَّمَا الصَّوَابُ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَحَبُّ السِّرِّ عَلَى عِبَادِهِ وَشَرَطَ زِيَادَةَ الْعَدَدِ تَحْقِيقًا لِمَعْنَى السِّرِّ.

وَقَوْلُهُ (وَهُوَ) أَيُّ السِّرِّ (مَنْدُوبٌ إِلَيْهِ) قَالَ ﷺ «مَنْ أَصَابَ مِنْكُمْ مِنْ هَذِهِ الْقَادُورَاتِ شَيْئًا فَلْيَسْتَرِ بِسِتْرِ اللَّهِ»، وَقَالَ: «مَنْ سَتَرَ عَلَى مُسْلِمٍ سِتْرَهُ اللَّهُ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ» (وَالْإِشَاعَةُ ضِدُّهُ) أَيُّ إِظْهَارِ الزَّنَا ضِدُّ سِتْرِ الزَّنَا، فَكَانَ وَصْفُ الْإِشَاعَةِ عَلَى ضِدِّ وَصْفِ السِّرِّ لَا مُحَالَةً. ثُمَّ لَمَّا كَانَ السِّرُّ أَمْرًا مَنْدُوبًا إِلَيْهِ كَانَتْ الْإِشَاعَةُ أَمْرًا مَذْمُومًا.

(وَإِذَا شَهِدُوا سَأَلَهُمُ الْإِمَامُ عَنِ الزَّنَا مَا هُوَ وَكَيْفَ هُوَ وَآيَنَ زَنَى وَمَتَى زَنَى وَبِمَنْ زَنَى؟) لِأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ اسْتَفْسَرَ مَا عِزَّا عَنْ الْكَيْفِيَّةِ وَعَنِ الْمَرْيَئِيَّةِ، وَلِأَنَّ الْاِحْتِيَاطَ فِي ذَلِكَ وَاجِبٌ لِأَنَّهُ عَسَاهُ غَيْرُ الْفِعْلِ فِي الْفَرْجِ عَنْهُ أَوْ زَنَى فِي دَارِ الْحَرْبِ أَوْ فِي الْمُنْقَادِمِ مِنَ الزَّمَانِ أَوْ كَانَتْ لَهُ شُبْهَةٌ لَا يَعْرِفُهَا هُوَ وَلَا الشُّهُودُ كَوَطْءِ جَارِيَةِ الْإِبْنِ

فَيَسْتَقْصِي فِي ذَلِكَ احْتِيَاظًا لِلدَّرءِ (فَإِذَا بَيَّنُّوا ذَلِكَ وَقَالُوا رَأَيْنَاهُ وَطَنَهَا فِي فَرْجِهَا كَالْمِلِ فِي الْمُكْحَلَةِ وَسَأَلَ الْقَاضِي عَنْهُمْ فَعَدَّلُوا فِي السَّرِّ وَالْعَلَانِيَةِ حَكَمَ بِشَهَادَتِهِمْ) وَلَمْ يَكْتَفِ بِظَاهِرِ الْعَدَالَةِ فِي الْحُدُودِ احْتِيَاظًا لِلدَّرءِ، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «ادْرَءُوا الْحُدُودَ مَا اسْتَطَعْتُمْ» بِخِلَافِ سَائِرِ الْحُقُوقِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَتَعْدِيلُ السَّرِّ وَالْعَلَانِيَةِ ثُبُوتُهُ فِي الشَّهَادَاتِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. قَالَ فِي الْأَصْلِ: يَحْبِسُهُ حَتَّى يَسْأَلَ عَنِ الشُّهُودِ لِلاَّتِّهَامِ بِالْجَنَائِيَةِ وَقَدْ حَبَسَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ رَجُلًا بِاَلْتَّهْمَةِ، بِخِلَافِ الدُّيُونِ حَيْثُ لَا يُحْبَسُ فِيهَا قَبْلَ ظُهُورِ الْعَدَالَةِ، وَسَيَأْتِيكَ الْفَرْقُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

الشرح:

(وَإِذَا شَهِدُوا سَأَلَهُمُ الْإِمَامُ عَنِ الزَّنَا مَا هُوَ) اخْتِرَازًا عَنِ الْعَلَطِ فِي الْمَاهِيَةِ (وَكَيْفَ هُوَ) اخْتِرَازًا عَنِ الْعَلَطِ فِي الْكَيْفِيَّةِ (وَأَيْنَ زَنَى) اخْتِرَازًا عَنْهُ فِي الْمَكَانِ وَمَتَى زَنَى اخْتِرَازًا عَنْهُ فِي الزَّمَانِ (وَعَنِ الزَّنْيَةِ) اخْتِرَازًا عَنْهُ فِي الْمَفْعُولِ بِهِ، وَيَدُلُّ عَلَى وَجُوبِ السُّؤَالِ عَنْ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ الثَّقَلُ وَالْعَقْلُ. أَمَّا الْأَوَّلُ فَمَا رُوِيَ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ سَأَلَ مَا عَزَا» إِلَى أَنْ ذَكَرَ الْكَافَ وَالثَّوْنَ: "يَعْنِي كَلِمَةً تُكْتَلَمُ لِكُونِهِ صَرِيحًا فِي الْبَابِ وَالْبَاقِي كِنَايَةً، وَأَمَّا الْعَقْلُ فَلَأَنَّ الْاِحْتِيَاظَ فِي ذَلِكَ وَاجِبٌ لِأَنَّهُ قَدْ كَانَ الْفِعْلُ فِي غَيْرِ الْفَرْجِ عَنْهُ فَلَا يَكُونُ مَاهِيَةُ الزَّنَا وَلَا كَيْفِيَّتُهُ مَوْجُودَةً، أَوْ زَنَى فِي دَارِ الْحَرْبِ وَهُوَ لَا يُوجِبُ الْحَدَّ، أَوْ فِي الْمُتَقَادِمِ مِنَ الزَّمَانِ وَذَلِكَ يُسْقِطُ الْحَدَّ، أَوْ كَانَ لَهُ فِي الزَّنْيَةِ شُبْهَةٌ لَمْ يَطْلُعْ عَلَيْهَا الشُّهُودُ كَوَطْءِ جَارِيَةِ الْاِبْنِ فَيَسْتَقْصِي فِي ذَلِكَ احْتِيَاظًا لِلدَّرءِ؛ فَإِذَا بَيَّنُّوا ذَلِكَ وَقَالُوا رَأَيْنَاهُ وَطَنَهَا فِي فَرْجِهَا بَيَّنَّا لِمَاهِيَّتِهِ وَالْمَزْنِيَّ بِهَا كَالْمِلِ فِي الْمُكْحَلَةِ بَيَّنَّ كَيْفِيَّتَهُ وَسَأَلَ الْقَاضِي عَنْهُمْ فَعَدَّلُوا فِي السَّرِّ وَالْعَلَانِيَةِ حَكَمَ بِشَهَادَتِهِمْ وَلَمْ يَكْتَفِ بِظَاهِرِ الْعَدَالَةِ احْتِيَاظًا لِلدَّرءِ، لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ بِذَلِكَ وَقَالَ «ادْرَءُوا الْحُدُودَ مَا اسْتَطَعْتُمْ» بِخِلَافِ سَائِرِ الْحُقُوقِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ حَيْثُ اكْتَفَى فِيهِ بِظَاهِرِ الْعَدَالَةِ وَهُوَ الْإِسْلَامُ، وَتَعْدِيلُ السَّرِّ وَالْعَلَانِيَةِ يَأْتِي فِي الشَّهَادَاتِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. قَالَ فِي الْأَصْلِ (يَحْبِسُهُ حَتَّى يَسْأَلَ عَنِ الشُّهُودِ) لِأَنَّهُ لَوْ خَلَى سَبِيلَهُ هَرَبَ فَلَا يَظْفَرُ بِهِ بَعْدَ ذَلِكَ، وَلَا وَجْهَ لَأَخْذِ الْكَفِيلِ مِنْهُ لِأَنَّهُ أَخْذُ الْكَفِيلِ نَوْعُ احْتِيَاظٍ فَلَا يَكُونُ مَشْرُوعًا فِيمَا بُنِيَ عَلَى الدَّرءِ. فَإِنْ قِيلَ: الْاِحْتِيَاظُ فِي الْحَبْسِ أَظْهَرُ. أَجِيبُ بِأَنَّ حَبْسَهُ لَيْسَ بِطَرِيقِ الْاِحْتِيَاظِ بَلْ بِطَرِيقِ

التعزير للثَّهَامِ بِالْجِنَايَةِ وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ حَبَسَ رَجُلًا بِالثَّهْمَةِ» وَالْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمَذْيُونِ سَيِّئَاتِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

قَالَ (وَالْإِقْرَارُ أَنْ يُقَرَّ الْبَالِغُ الْعَاقِلُ عَلَى نَفْسِهِ بِالزَّنَا أَرْبَعَ مَرَّاتٍ فِي أَرْبَعَةِ مَجَالِسٍ مِنْ مَجَالِسِ الْمَقَرِّ، كَمَا أَقَرَّ رَدُّهُ الْقَاضِي) فَاشْتِرَاطُ الْبُلُوغِ وَالْعَقْلِ لِأَنَّ قَوْلَ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ أَوْ غَيْرُ مُوجِبٍ لِلْحَدِّ. وَاشْتِرَاطُ الْأَرْبَعِ مَذْهَبُنَا، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ يَكْتَفِي بِالْإِقْرَارِ مَرَّةً وَاحِدَةً اعْتِبَارًا بِسَائِرِ الْحُقُوقِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ مُظْهَرٌ، وَتَكَرُّرُ الْإِقْرَارِ لَا يُفِيدُ زِيَادَةَ الظُّهُورِ بِخِلَافِ زِيَادَةِ الْعَدَدِ فِي الشَّهَادَةِ. وَلَنَا حَدِيثُ مَا عَزَّ «فَإِنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَخَّرَ الْإِقَامَةَ إِلَى أَنْ تَمَّ الْإِقْرَارُ مِنْهُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ فِي أَرْبَعَةِ مَجَالِسٍ» فَلَوْ ظَهَرَ بِمَا دُونَهَا لَمَّا أَخْرَاهَا لثُبُوتِ الْوُجُوبِ وَلَأَنَّ الشَّهَادَةَ اخْتَصَّتْ فِيهِ بِزِيَادَةِ الْعَدَدِ، فَكَذَا الْإِقْرَارُ إِعْظَامًا لِأَمْرِ الزَّنَا وَتَحْقِيقًا لِمَعْنَى السِّرِّ، وَلَا بُدَّ مِنْ اخْتِلَافِ الْمَجَالِسِ لِمَا رَوَيْنَا، وَلَأَنَّ لَاتِّحَادَ الْمَجْلِسِ أَثَرًا فِي جَمْعِ الْمُتَفَرِّقَاتِ؛ فَعِنْدَهُ يَتَحَقَّقُ شُبُهَةُ الْاِتِّحَادِ فِي الْإِقْرَارِ، وَالْإِقْرَارُ قَائِمٌ بِالْمَقَرِّ فَيُعْتَبَرُ اخْتِلَافُ مَجْلِسِهِ دُونَ مَجْلِسِ الْقَاضِي. وَالْاِخْتِلَافُ بِأَنْ يَرُدَّهُ الْقَاضِي كُلَّمَا أَقَرَّ فَيَذْهَبَ حَيْثُ لَا يَرَاهُ ثُمَّ يَجِيءَ فَيَقِرُّ، هُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ طَرَدَ مَا عِزًّا فِي كُلِّ مَرَّةٍ حَتَّى تَوَارَى بِحَيْطَانِ الْمَدِينَةِ.

الشرح:

قَالَ (وَالْإِقْرَارُ أَنْ يُقَرَّ الْعَاقِلُ الْبَالِغُ) صُورَةُ الْمَسْأَلَةِ ظَاهِرَةٌ عَلَى مَا ذَكَرَهُ (قَوْلُهُ) اعْتِبَارًا بِسَائِرِ الْحُقُوقِ) يَعْنِي فِي سَائِرِ الْعَدَدِ مُعْتَبَرٌ فِي الشَّهَادَةِ دُونَ الْإِقْرَارِ فَكَذَلِكَ هَاهُنَا. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ زِيَادَةِ الْعَدَدِ فِي الشَّهَادَةِ) يَعْنِي أَنَّهَا تُفِيدُ زِيَادَةً فِي طُمَأْنِينَةِ الْقَلْبِ، وَتَكَرُّرُ الْكَلَامِ لَيْسَ كَذَلِكَ. وَلَنَا حَدِيثُ «مَا عَزَّ فَإِنَّهُ جَاءَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَقَالَ زَيْتٌ فَطَهَّرْنِي، فَأَعْرَضَ عَنْهُ، فَجَاءَ إِلَى الْجَانِبِ الْآخِرِ وَقَالَ مِثْلَ ذَلِكَ فَأَعْرَضَ عَنْهُ، فَجَاءَ إِلَى الْجَانِبِ الثَّلَاثِ وَقَالَ مِثْلَ ذَلِكَ فَأَعْرَضَ عَنْهُ، فَجَاءَ إِلَى الْجَانِبِ الرَّابِعِ وَقَالَ مِثْلَ ذَلِكَ، فَلَمَّا كَانَ فِي الْمَرَّةِ الرَّابِعَةِ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ: الْآنَ أَفَرَرْتَ أَرْبَعًا فَبِمَنْ زَيْتٌ قَالَ بَفُلَانَةٍ، قَالَ لَعَلَّكَ قَبْلَتْهَا لَعَلَّكَ بَاشَرْتَهَا، فَأَبَى إِلَّا أَنْ يُقَرَّ بِصَرِيحِ الزَّنَا، فَقَالَ: أَهْلُكَ خَبَلُ أَهْلِكَ جُنُونٌ وَفِي رِوَايَةٍ بَعَثَ إِلَى أَهْلِهِ فَقَالَ: هَلْ تُنْكِرُونَ مِنْ عَقْلِهِ شَيْئًا؟ فَقَالُوا: لَا، فَسَأَلَ عَنْ إِحْصَائِهِ فَأُخْبِرَ أَنَّهُ مُحْصَنٌ، فَأَمَرَ بِرَجْمِهِ» وَعَنْ أَبِي بُرَيْدَةَ قَالَ:

كُنَّا تَحَدَّثُ فِي أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنْ مَاعِزًا لَوْ قَعَدَ فِي بَيْتِهِ بَعْدَ الْمَرَّةِ الثَّالِثَةِ وَلَمْ يُقِرَّ لَمْ يَرْجُمَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ. فَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ هَذَا الْحُكْمَ كَانَ مُتَعَارَفًا فِيمَا بَيْنَهُمْ. وَوَجْهُ الاسْتِلَالِ بِحَدِيثِ مَاعِزٍ مَا أَشَارَ إِلَيْهِ بِقَوْلِهِ فَإِنَّهُ أَخَّرَ الْإِقَامَةَ. وَيَبَيِّنُهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَخَّرَ إِقَامَةَ الْحَدِّ إِلَى أَنْ تَمَّ الْإِفْرَارُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ، فَلَوْ كَانَ الْإِفْرَارُ مَرَّةً وَاحِدَةً كَافِيًا لَمْ يُؤَخَّرْ لِأَنَّ إِقَامَةَ الْحَدِّ عِنْدَ ظُهُورِهِ وَاجِبَةٌ، وَتَأْخِيرُ الْوَاجِبِ لَا يُظُنُّ بِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ.

فَإِنْ قَالَ قَائِلٌ: إِذَا لَمْ يَثْبُتِ الْحَدُّ بِإِفْرَارِهِ مَرَّةً وَاحِدَةً فَقَدْ اعْتَرَفَ بِوُطْءٍ لَا يُوجِبُ الْحَدَّ فَيَجِبُ الْمَهْرُ، وَإِذَا وَجِبَ الْمَهْرُ لَا يَجِبُ الْحَدُّ مِنْ بَعْدِ لَأَنَّ الْمَهْرَ وَالْحَدَّ لَا يَجْتَمِعَانِ فِي وَطْءٍ وَاحِدٍ. أُجِيبَ بِأَنَّ الْإِفْرَارَ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ لَمَّا أُعْتَبِرَ حُجَّةً لِإِبْثَابِ الزَّنا لَمْ يَتَعَلَّقْ وَجُوبُ الْمَهْرِ بِالْإِفْرَارِ مَرَّةً وَاحِدَةً، وَإِنَّمَا الْحُكْمُ مُوقُوفٌ، فَإِنْ تَمَّتِ الْحُجَّةُ وَجِبَ الْحَدُّ، وَإِنْ لَمْ تَتَمَّ وَجِبَ الْمَهْرُ.

فَإِنْ قِيلَ: إِنَّمَا أَعْرَضَ النَّبِيُّ ﷺ لِأَنَّهُ اسْتَرَابَ فِي عَقْلِهِ فَقَدْ جَاءَ أَشْعَثُ أَغْبَرٍ مُتَغَيِّرِ اللَّوْنِ إِلَّا أَنَّهُ لَمَّا أَصْرَّ عَلَى الْإِفْرَارِ وَدَامَ عَلَى نَهْجِ الْعُقْلَاءِ قَبْلَهُ بَعْدَ ذَلِكَ، ثُمَّ أزال الشُّبْهَةَ بِالسُّؤَالِ فَقَالَ أَبُكَ خَبَلٌ أَبُكَ جُنُونٌ.

أُجِيبَ أَمَّا تَغْيِيرُ الْحَالِ فَإِنَّهُ دَلِيلُ التَّوْبَةِ وَالْخَوْفِ مِنَ اللَّهِ تَعَالَى لَا دَلِيلُ الْجُنُونِ، وَإِنَّمَا قَالَ النَّبِيُّ ﷺ أَبُكَ جُنُونٌ تَلْقِينًا لَمَّا يَذَرُّ بِهِ الْحَدَّ كَمَا قَالَ لَعَلَّكَ قَبْلَتْ وَطْئَهَا لِيَرْجِعَ عَنِ الزَّنا إِلَى الْوُطْءِ بِشُبْهَةِ فَيَسْقُطُ الْحَدُّ عَنْهُ، وَكَمَا قَالَ لِلْسَّارِقِ أَسْرَقْتَ مَا أَخَالَهُ سَرَقَ وَالِدَلِيلُ عَلَيْهِ مَا رَوِي أَنَّ أَبَا بَكْرٍ ؓ قَالَ لَمَاعِزٍ لَمَّا أَقْرَأَ ثَلَاثًا إِنْ أَقْرَرْتَ الرَّابِعَةَ رَجَمْتُكَ، فَثَبَّتَ أَنَّ هَذَا الْعَدَدَ كَانَ ظَاهِرًا عِنْدَهُمْ.

وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّ الشَّهَادَةَ) دَلِيلٌ مَعْقُولٌ يَتَضَمَّنُ الْجَوَابَ عَنْ اعْتِبَارِهِ بِسَائِرِ الْحُقُوقِ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ سَائِرَ الْحُقُوقِ لَيْسَ نَصَابُ الشَّهَادَةِ فِيهِ أَرْبَعَةٌ وَنَصَابُهَا هُنَا ذَلِكَ، فَلَمَّا كَانَتْ إِحْدَى الْحُجَّتَيْنِ مُخْتَصَّةً بِزِيَادَةِ لَيْسَتْ فِي سَائِرِ الْحُقُوقِ فَكَذَلِكَ فِي الْحُجَّةِ الْأُخْرَى إِعْظَامًا لِأَمْرِ الزَّنا وَتَحْقِيقًا لِمَعْنَى السِّرِّ، وَلَا بُدَّ مِنْ اخْتِلَافِ الْمَجَالِسِ لَمَّا رَوَيْنَا مِنْ أَنَّهُ ﷺ أَخَّرَ الْإِقَامَةَ إِلَى أَنْ تَمَّ الْإِفْرَارُ مِنْهُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ فِي أَرْبَعَةِ مَجَالِسَ وَلِأَنَّ لَاتِّحَادَ الْمَجْلِسِ أَثَرًا فِي جَمْعِ الْمُتَفَرِّقَاتِ، فَعِنْدَهُ (أَيَّ عِنْدَ الْإِتِّحَادِ) (تَتَحَقَّقُ شُبْهَةُ الْإِتِّحَادِ فِي

الإقرار) ألا ترى إلى ما جاء في حديث ماعزٍ من إقراره خمس مرات وكان منها مرتان في جهة واحدة فلم يُعتبر ذلك ولم يذهب إليه أحدٌ من المجتهدين (والإقرار قائمٌ بالمقرِّ فيعتبرُ اتِّحادُ مجلسه) في دفعِ الحدِّ، وفي بعضِ النسخِ فيعتبرُ اختلافُ مجلسه أي في وجوبِ الحدِّ، وقيل يُعتبرُ مجلسُ القاضي، وردهُ المصنّفُ بقوله دون مجلسِ القاضي. وقوله (والاختلافُ بأن يردّه القاضي) ظاهرٌ.

قال (فإذا تمَّ إقراره أربع مراتٍ سأله عن الزنا ما هو وكيف هو وأين زنى وبمن زنى، فإذا بيّن ذلك لزيمه الحدَّ) لتَمَامِ الْحُجَّةِ، ومعنى السؤال عن هذه الأشياءِ بيّناه في الشهادة، ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان، وذكره في الشهادة لأنَّ تقدّمَ العهدِ يمنعُ الشهادةَ دونَ الإقرار. وقيل لو سأله جازَ لجوازِ أنه زنى في صباه

الشرح:

وقوله (لأنَّ تقدّمَ العهدِ يمنعُ الشهادةَ دونَ الإقرار) دليله أنَّ التّقدّمَ في الشهادة مانعٌ لثبوتِ الحقدِ وهي غيرُ موجودةٍ في الإقرار، وسيأتي بيانُ التّقدّمِ في بابِ الشهادة على الزّنا.

(فإن رجعَ المقرُّ عن إقراره قبلَ إقامةِ الحدِّ أو في وسطه قبلَ رجوعه وخلى سبيله) وقال الشافعيُّ وهو قولُ ابنِ أبي ليلى يُقيمُ عليه الحدُّ لأنَّه وجبَ الحدُّ بإقراره فلا يبطلُ برجوعه وإنكاره كما إذا وجبَ بالشهادة وصارَ كالقصاصِ وحدِّ القذفِ. ولنا أنَّ الرجوعَ خبرٌ مُحتملٌ للصدقِ كالإقرارِ وليسَ أحدٌ يكذبه فيه فتتحقّقُ الشبهةُ في الإقرارِ بخلافِ ما فيه حقُّ العبدِ وهو القصاصُ وحدُّ القذفِ لوجودِ مَنْ يكذبه، ولا كذلك ما هو خالصٌ حقُّ الشرعِ.

الشرح:

وقوله (كما إذا وجبَ بالشهادة) يعني أنَّ الحدَّ لا يبطلُ بإنكارِ المَشْهُودِ عليه بعدَ شهادةِ الشهودِ عليه، فكذا لا يبطلُ بإنكاره بعدَ الإقرارِ لأنَّهما حُجَّتَانِ فيه فتعتبرُ إحداهما بالأخرى فصارَ كالقصاصِ وحدِّ القذفِ لا يقبلانِ الرجوعَ بعدَ الثبوتِ بالإقرارِ. وقوله (فتتحقّقُ الشبهةُ في الإقرارِ) يعني بالتّعارضِ الواقعِ بينَ الخبرينِ المُحتملينِ للصدقِ والكذبِ مِنْ غيرِ مُرجحٍ لأحدهما.

(وَيُسْتَحَبُّ لِلْإِمَامِ أَنْ يُلْقِنَ الْمُقِرَّ الرَّجُوعَ فَيَقُولَ لَهُ: لَعَلَّكَ لَمَسْتَ أَوْ قَبَلْتَ) «لَقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ مَا عَزَى لَعَلَّكَ لَمَسْتَهَا أَوْ قَبَلْتَهَا» ^(١) قَالَ فِي الْأَصْلِ: وَيَنْبَغِي أَنْ يَقُولَ لَهُ الْإِمَامُ: لَعَلَّكَ تَزَوَّجْتَهَا أَوْ وَطِئْتَهَا بِشُبْهَةٍ، وَهَذَا قَرِيبٌ مِنَ الْأَوَّلِ فِي الْمَعْنَى.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا قَرِيبٌ مِنَ الْأَوَّلِ فِي الْمَعْنَى) أَيُّ قَوْلُهُ لَعَلَّكَ تَزَوَّجْتَهَا وَوَطِئْتَهَا بِشُبْهَةٍ قَرِيبٌ مِنْ قَوْلِهِ لَعَلَّكَ مَسِسْتَهَا فِي الْمَعْنَى مِنْ حَيْثُ إِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا تَلْقِينُ لِلرَّجُوعِ، كَمَا أَنَّهُ لَوْ قَالَ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَعَمْ سَقَطَ الْحَدُّ.

فصل في كيفية الحد وإقامته

(وَإِذَا وَجَبَ الْحَدُّ وَكَانَ الزَّانِي مُحْصَنًا رَجِمَهُ بِالْحِجَارَةِ حَتَّى يَمُوتَ) «لأنَّه عليه الصلاة والسلام رَجَمَ مَا عَزَى وَقَدْ أَحْصَيْنَ». وَقَالَ فِي الْحَدِيثِ الْمَعْرُوفِ «وَرِثْنَا بَعْدَ إِحْصَانِ» وَعَلَى هَذَا إجماعُ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمْ. قَالَ (وَيُخْرِجُهُ إِلَى أَرْضٍ فُضَاءٍ وَيَبْتَدِئُ الشُّهُودُ بِرَجْمِهِ ثُمَّ الْإِمَامُ ثُمَّ النَّاسُ) كَذَا رُويَ عَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وَلَأَنَّ الشَّاهِدَ قَدْ يَتَجَاسَرُ عَلَى الْأَدَاءِ ثُمَّ يَسْتَعْظِمُ الْمُبَاشَرَةَ فَيَرْجِعُ فَكَانَ فِي بُدْأَتِهِ احتِيَالٌ لِلدَّرءِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَجِمَهُ اللَّهُ: لَا تُشْتَرِطُ بُدْأَتُهُ اعْتِيَارًا بِالْجَلْدِ. قُلْنَا: كُلُّ أَحَدٍ لَا يُحْسِنُ الْجَلْدَ فَرِيئًا يَقَعُ مَهْلِكًا وَالْإِهْلَاكُ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ، وَلَا كَذَلِكَ الرَّجْمُ لِأَنَّهُ إِتْلَافٌ. (فَإِنْ امْتَنَعَ الشُّهُودُ مِنَ الْإِبْتِدَاءِ سَقَطَ الْحَدُّ) لِأَنَّهُ دَلَالَةُ الرَّجُوعِ، وَكَذَا إِذَا مَاتُوا أَوْ غَابُوا فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لِفَوَاتِ الشَّرْطِ

الشرح:

(فَصَلِّ فِي كَيْفِيَّةِ الْحَدِّ وَإِقَامَتِهِ): ذَكَرَ هَذَا الْفَصْلَ عَقِبَ ذِكْرِ وَجُوبِ الْحَدِّ؛ لِأَنَّ إِقَامَةَ الْحَدِّ بَعْدَ وَجُوبِهِ وَقُوْعًا فَأَخْرَهُ ذِكْرًا وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَعَلَى هَذَا إجماعُ الصَّحَابَةِ) أَيُّ عَلَى وَجُوبِ الرَّجْمِ إِذَا كَانَ الزَّانِي مُحْصَنًا، وَذَهَبَ الْخَوَارِجُ إِلَى أَنَّ الْحَدَّ فِي الزَّانِي الْجَلْدُ لَيْسَ إِلَّا لِأَنَّهُمْ لَا يَقْبَلُونَ أَخْبَارَ الْآحَادِ، وَذَلِكَ خَرَقٌ مِنْهُمْ لِلْإجماعِ، عَلَى أَنَّ حَدِيثَ مَا عَزَى مَشْهُورٌ تَلَقَّيْتَهُ الْأُمَّةُ فِي الصَّدْرِ الْأَوَّلِ بِالْقَبُولِ، وَالزِّيَادَةُ عَلَى

(١) أخرجه الحاكم (٣٦١/٤) هذا اللفظ، والبخاري في الحدود باب ٢٨ بلفظ آخر، وانظر نصب

الكتاب بِمِثْلِهِ جَائِزَةٌ وَقَوْلُهُ (فَإِنْ اِمْتَنَعَ الشُّهُودُ) قَالَ فِي الْإِيضَاحِ: وَلَوْ اِمْتَنَعَ الشُّهُودُ أَوْ بَعْضُهُمْ أَوْ كَانُوا غُيْبًا أَوْ مَاتُوا أَوْ مَاتَ بَعْضُهُمْ أَوْ عَمِيَ بَعْضُهُمْ أَوْ خَرَسَ أَوْ جُنُّ أَوْ ارْتَدَّ أَوْ قَذَفَ فَحَدُّ لَمْ يُرْجَمِ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَإِحْدَى الرَّوَاتِبَيْنِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ.

وَرَوَى عَنْهُ أَنَّهُمْ إِذَا اِمْتَنَعُوا أَوْ غَابُوا رَجَمَ الْإِمَامُ ثُمَّ النَّاسُ، وَكَذَا فِي الذَّخِيرَةِ أَيْضًا، فَعَلَى هَذَا مَا فَعَدَهُ بِظَاهِرِ الرَّوَايَةِ رَاجِعٌ إِلَى اِمْتِنَاعِ الشُّهُودِ عَنِ الرَّجْمِ بَعْدَ الْحُضُورِ إلخ، وَلَيْسَ بِمُخْتَصٍّ بِقَوْلِهِ وَكَذَا إِذَا مَاتُوا أَوْ غَابُوا، وَإِذَا سَقَطَ بِاِمْتِنَاعِ أَحَدِهِمْ هَلْ تُحَدُّ الشُّهُودُ أَوْ لَا؟ ذَكَرَ فِي الْمَسْئُوطِ أَنَّهُ لَا يُقَامُ الْحَدُّ عَلَى الشُّهُودِ لِأَنَّهُمْ ثَابِتُونَ عَلَى الشَّهَادَةِ، وَإِنَّمَا اِمْتَنَعَ بَعْضُهُمْ مِنْ مُبَاشَرَةِ الْقَتْلِ وَذَلِكَ لَا يَكُونُ رُجُوعًا عَنْ الشَّهَادَةِ عَلَى الزَّانِ وَأَعْلَمُ أَنَّ ظَاهِرَ الرَّوَايَةِ يُفْضِي إِلَى اِعْتِبَارِ شُبْهَةِ الشُّبْهَةِ وَهِيَ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ فَتَأْمَلِ، وَالْغَامِذِيَّةُ امْرَأَةٌ مِنْ غَامِذٍ حَيٍّ مِنَ الْأَزْدِ، وَفِي حَدِيثِهَا «لَقَدْ ثَابَتْ ثَوْبَةٌ لَوْ تَابَهَا صَاحِبُ مَكْسٍ لَغَفِرَ لَهُ».

(وَإِنْ كَانَ مُقِرًّا ابْتَدَأَ الْإِمَامُ ثُمَّ النَّاسُ) كَذَا رَوَى عَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. «وَرَمَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الْغَامِذِيَّةَ بِحَصَاةٍ مِثْلَ الْحِمَصَةِ وَكَانَتْ قَدْ اعْتَرَفَتْ بِالزَّانَةِ»
(وَيُغَسَّلُ وَيُكْفَنُ وَيُصَلَّى عَلَيْهِ) «لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي مَا عَزِ اصْنَعُوا بِهِ كَمَا تَصْنَعُونَ بِمَوْتَاكُمْ» وَلَئِنَّهُ قُتِلَ بِحَقٍّ فَلَا يَسْقُطُ الْغُسْلُ كَالْمَقْتُولِ قِصَاصًا " «وَصَلَّى النَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى الْغَامِذِيَّةِ بَعْدَ مَا رُجِمَتْ».

(وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُحْصَنًا وَكَانَ حُرًّا فَحَدُّهُ مِائَةً جَلْدَةً) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةً جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢] «لَا أَنَّهُ اِنْتَسَخَ فِي حَقِّ الْمُحْصَنِ فَبَقِيَ فِي حَقِّ غَيْرِهِ مَعْمُولًا بِهِ. قَالَ (يَأْمُرُ الْإِمَامُ بِضَرْبِهِ بِسَوْطٍ لَا ثَمَرَةَ لَهُ ضَرْبًا مُتَوَسِّطًا) لِأَنَّ عَلِيًّا ؑ لَمَّا أَرَادَ أَنْ يُقِيمَ الْحَدَّ كَسَرَ ثَمَرَتَهُ. وَالتَّوَسُّطُ بَيْنَ الْمُبْرَجِ وَغَيْرِ الْمُؤَلَّمِ لِإِفْضَاءِ الْأَوَّلِ إِلَى الْهَلَاكِ وَخَلُّو الثَّانِي عَنِ الْمَقْصُودِ وَهُوَ الْاِنْزِجَارُ (وَتُنَزَعُ عَنْهُ ذِيَابُهُ) مَعْنَاهُ دُونَ الْإِزَارِ لِأَنَّ عَلِيًّا ؑ كَانَ يَأْمُرُ بِالتَّجْرِيدِ فِي الْحُدُودِ، وَلِأَنَّ التَّجْرِيدَ أَبْلَغُ فِي إِصْصَالِ الْأَلَمِ إِلَيْهِ. وَهَذَا الْحَدُّ مَبْنَاهُ عَلَى الشَّدَّةِ فِي الضَّرْبِ وَفِي نَزْعِ الْإِزَارِ كَشَفِ الْعَوْرَةِ فَيَتَوَفَّاهُ (وَيُفَرِّقُ الضَّرْبُ عَلَى أَعْضَائِهِ) لِأَنَّ الْجَمْعَ فِي عُضْوٍ وَاحِدٍ قَدْ

يُفْضِي إِلَى التَّلَفِ وَالْحَدُّ زَاجِرٌ لَا مُتَلَفٌ.

قَالَ (إِلَّا رَأْسَهُ وَوَجْهَهُ وَفَرْجَهُ) «لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِلَّذِي أَمَرَهُ بِضَرْبِ
الْحَدِّ: اتَّقِ الْوَجْهَ وَالْمَذَاكِيرَ»^(١) وَلَأَنَّ الْفَرْجَ مَقْتَلٌ وَالرَّأْسَ مَجْمَعُ الْحَوَاسِّ، وَكَذَا الْوَجْهَ
وَهُوَ مَجْمَعُ الْمَحَاسِنِ أَيْضًا فَلَا يُؤْمَنُ فَوَاتُ شَيْءٍ مِنْهَا بِالضَّرْبِ وَذَلِكَ إِهْلَاكٌ مَعْنَى فَلَا
يُشْرَعُ حَدًّا. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَضْرِبُ الرَّأْسَ أَيْضًا رَجَعَ إِلَيْهِ، وَإِنَّمَا يَضْرِبُ
سَوْطًا لِقَوْلِ أَبِي بَكْرٍ: اضْرِبُوا الرَّأْسَ فَإِنَّ فِيهِ شَيْطَانًا. قُلْنَا: تَأْوِيلُهُ أَنَّهُ قَالَ ذَلِكَ فِيمَنْ
أُبِيحَ قَتْلُهُ. وَيُقَالُ: إِنَّهُ وَرَدَ فِي حَرْبِي كَانَ مِنْ دُعَاةِ الْكُفَرَةِ وَالْإِهْلَاكِ فِيهِ مُسْتَحَقٌّ
(وَيُضْرَبُ فِي الْحُدُودِ كُلِّهَا قَائِمًا غَيْرَ مَمْدُودٍ) لِقَوْلِ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: يُضْرَبُ الرَّجُلُ
فِي الْحُدُودِ قِيَامًا وَالنِّسَاءُ قُعُودًا، وَلَأَنَّ مَبْنَى إِقَامَةِ الْحَدِّ عَلَى التَّشْهِيرِ وَالْقِيَامِ أُبْلَغَ فِيهِ.
ثُمَّ قَوْلُهُ: غَيْرَ مَمْدُودٍ، فَقَدْ قِيلَ الْمُدُّ أَنْ يُلْقَى عَلَى الْأَرْضِ وَيُمَدُّ كَمَا يَفْعَلُ فِي زَمَانَتَا،
وَقِيلَ أَنْ يُمَدَّ السَّوْطُ فَيَرْفَعَهُ الضَّارِبُ فَوْقَ رَأْسِهِ، وَقِيلَ أَنْ يَمُدَّهُ بَعْدَ الضَّرْبِ، وَذَلِكَ كُلُّهُ
لَا يَفْعَلُ لِأَنَّهُ زِيَادَةٌ عَلَى الْمُسْتَحَقِّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنَّهُ اتَّسَخَ فِي حَقِّ الْمُحْصَنِ) يَبَيِّنُهُ أَنْ قَوْلَهُ تَعَالَى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي
فَاجْلِدُوا﴾ [النور: ٢] الْآيَةُ عَامٌّ فِي الْمُحْصَنِ وَغَيْرِهِ إِلَّا أَنَّهُ اتَّسَخَ فِي حَقِّ الْمُحْصَنِ بِآيَةٍ
أُخْرَى نَسَخَتْ تِلَاوَتَهَا وَبَقِيَ حُكْمُهَا. رَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ ﷺ خَطَبَ
فَقَالَ: إِنَّ اللَّهَ بَعَثَ مُحَمَّدًا ﷺ بِالْحَقِّ وَأَنْزَلَ عَلَيْهِ الْكِتَابَ، فَكَانَ فِيمَا أَنْزَلَ عَلَيْهِ آيَةُ
الرَّجْمِ فَقَرَأْنَاهَا وَوَعَيْنَاهَا، وَرَجَمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَرَجَمْنَا مِنْ بَعْدِهِ، وَإِنِّي خَشِيتُ أَنْ
طَالَ بِالنَّاسِ الزَّمَانُ أَنْ يَقُولَ قَائِلٌ مَا نَجِدُ آيَةَ الرَّجْمِ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَيُضِلُّوا بِتَرْكِ فَرِيضَةٍ
أَنْزَلَهَا اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ، فَالْرَّجْمُ حَقٌّ عَلَى مَنْ زَنَى مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ إِذَا كَانَ مُحْصَنًا إِذَا
قَامَتِ الْبَيِّنَةُ أَوْ كَانَ حَمْلٌ أَوْ اعْتِرَافٌ، وَأَيْمُ اللَّهِ لَوْلَا أَنْ يَقُولَ النَّاسُ زَادَ عُمَرُ فِي كِتَابِ
اللَّهِ لَكُنْتُمْ يُرِيدُ بِهِ: الشَّيْخُ وَالشَّيْخَةُ إِذَا زَنَيَا فَارْجُمُوهُمَا أَلَبَّتَهُ نِكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ
حَكِيمٌ، وَكَانَتْ خَطْبَتُهُ هَذِهِ بِحَضْرَةِ الصَّحَابَةِ وَلَمْ يُنْكَرْ عَلَيْهِ أَحَدٌ، فَكَانَ هَذِهِ الْآيَةُ
نَسَخَتْ حُكْمَ عُمُومِ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَاجْلِدُوا﴾ فِي غَيْرِ الْمُحْصَنِ، وَاتَّسَخَتْ تِلَاوَتُهَا

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٤٩٧/٣): غريب مرفوعا، وروي موقوفا عن علي.

بَصَرِهَا عَنْ الْقُلُوبِ لِحِكْمَةِ يَعْلَمُهَا اللَّهُ. وَقَوْلُهُ (بِسَوِّطٍ لَا ثَمَرَةَ لَهُ).

قَالَ فِي الصَّحَاحِ: ثَمَرُ السَّيَاطِ عَقْدُ أَطْرَافِهَا، وَمِنْهُ يَأْمُرُ الْإِمَامُ بِضَرْبِهِ بِسَوِّطٍ لَا ثَمَرَةَ لَهُ: يَعْنِي الْعُقْدَةَ. وَقِيلَ الْمُرَادُ بِالثَّمَرَةِ ذَنْبُهُ وَطَرَفُهُ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ لَهُ ذَلِكَ تَصِيرُ الضَّرْبَةُ ضَرْبَتَيْنِ، وَهَذَا أَصَحُّ. لَمَّا رُوِيَ أَنَّ عَلِيًّا عليه السلام جَلَدَ الْوَلِيدَ بِسَوِّطٍ لَهُ طَرَفَانِ، وَفِي رِوَايَةٍ لَهُ ذَنْبَانِ أَرْبَعِينَ جَلْدَةً، فَكَانَتِ الضَّرْبَةُ ضَرْبَتَيْنِ. وَالْأَوَّلُ هُوَ الْمَشْهُورُ فِي الْكُتُبِ. الْمُبْرَحُ مَاخُودٌ مِنْ بُرْحَاءِ الْحُمَى وَغَيْرِهَا، يُقَالُ: بَرِحَ بِهِ الْأَمْرُ تَبْرِيحًا: أَيُّ غَلْظَ عَلَيْهِ وَاشْتَدَّ. وَالْمَذَاكِيرُ جَمْعُ الذِّكْرِ الَّذِي هُوَ الْعَضْوُ، وَهُوَ جَمْعٌ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ، كَأَنَّهُمْ فَرَّقُوا بِذَلِكَ الْجَمْعِ بَيْنَ الذِّكْرِ الَّذِي هُوَ الْفَحْلُ وَبَيْنَ الذِّكْرِ الَّذِي هُوَ الْعَضْوُ، وَإِنَّمَا ذَكَرَ بِلَفْظِ الْجَمْعِ هَاهُنَا مَعَ إِفْرَادِ قَرِينِهِ وَهُوَ الْوَجْهُ لِأَنَّهُ أَرَادَ بِهِ ذَلِكَ الْعَضْوُ الْمُعَيَّنَ وَمَا حَوْلَهُ، كَقَوْلِهِمْ: شَابَتْ مَفَارِقُ رَأْسِهِ كَذَا فِي الصَّحَاحِ. وَقَوْلُهُ (مِنْ دُعَاةِ الْكُفَرَةِ) الدُّعَاةُ جَمْعُ دَاعٍ كَالْقَضَاةِ جَمْعُ قَاضٍ: أَيُّ كَانَ يَدْعُو النَّاسَ إِلَيْهِمْ. وَقَوْلُهُ (لِأَنَّهُ زِيَادَةٌ عَلَى الْمُسْتَحَقِّ) قَالُوا: إِلَّا أَنْ يُعْجِزَهُمْ عَنِ الضَّرْبِ قَائِمًا فَلَا بَأْسَ. حِينَئِذٍ أَنْ يَشْتَدُّوا بِسَارِيَةٍ وَتَحْوِهَا.

(وَإِنْ كَانَ عَبْدًا جَلَدَهُ خَمْسِينَ جَلْدَةً) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَعَلَيْنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥] نَزَلَتْ فِي الْإِمَاءِ، وَلَأَنَّ الرِّقَّ مُنْقِصٌ لِلنَّعْمَةِ فَيَكُونُ مُنْقِصًا لِلْعُقُوبَةِ؛ لِأَنَّ الْجَنَائِيَةَ عِنْدَ تَوَافُرِ النَّعْمِ أَفْحَشُ فَيَكُونُ أَدْعَى إِلَى التَّغْلِيظِ

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ كَانَ عَبْدًا) أَوْ أَمَةً (جَلَدَهُ) أَيُّ إِنْ كَانَ مِنْ زَلَى عَبْدًا أَوْ أَمَةً جَلَدَهُ الْإِمَامُ (خَمْسِينَ جَلْدَةً لِقَوْلِهِ تَعَالَى): ﴿فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥] نَزَلَتْ فِي الْإِمَاءِ وَدَخَلَ تَحْتَ حُكْمِهَا الْعَبِيدُ، وَهُوَ خِلَافُ الْمَعْهُودِ لِأَنَّ الْمَعْهُودَ أَنْ تَدْخُلَ النِّسَاءُ تَحْتَ حُكْمِ الرِّجَالِ بِطَرِيقِ التَّبَعِيَّةِ، وَكَأَنَّ هَذَا الْأَسْلُوبَ وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِنَاءٍ عَلَى أَنَّ أَسْبَابَ السَّفَاحِ فِيهِنَّ وَدَعَوْنَهُنَّ إِلَيْهِ غَالِبَةٌ كَمَا فِي تَفْدِيهِهِنَّ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي﴾ ثُمَّ الْعَذَابُ الْمَذْكُورُ فِي الْآيَةِ الْجَلْدُ دُونَ الرَّجْمِ لِأَنَّهُ لَا يَتَنَصَّفُ.

وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ الْجَنَائِيَةَ عِنْدَ تَوَافُرِ النَّعْمِ أَفْحَشُ) أَصْلُهُ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿يَنْبِسَاءَ النَّبِيِّ مَن

يَأْتِ مِنْكَ بِفَحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ يُضَعَفُ لَهَا الْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ ﴿[الأحزاب: ٣٠].

(وَالرَّجُلُ وَالْمَرْأَةُ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ)؛ لَأَنَّ التَّصَوُّصَ تَشْمَلُهُمَا (غَيْرَ أَنَّ الْمَرْأَةَ لَا يُنْزَعُ مِنْ بَيَّابِهَا إِلَّا الْفَرُّ وَالْحَشْوُ) لِأَنَّ فِي تَجْرِيدِهَا كَشْفُ الْعَوْرَةِ وَالْفَرُّ وَالْحَشْوُ يَمْنَعَانِ وَصُولَ الْأَلَمِ إِلَى الْمَضْرُوبِ وَالسُّتْرُ حَاصِلٌ بِدُونِهِمَا فَيُنْزَعَانِ (وَتُضْرَبُ جَالِسَةً) لَمَّا رَوَيْنَا، وَلَأَنَّهُ أَسْتَرُ لَهَا (وَأِنْ حُفِرَ لَهَا فِي الرَّجَمِ جَاذٌ)؛ لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ حَفَرَ لِلْغَامِذِيَّةِ إِلَى ثُنْدَوَيْتِهَا، وَحَفَرَ عَلِيُّ   لِشَرَاةِ الْهَمْدَانِيَّةِ وَإِنْ تَرَكَ لَا يَضُرُّهُ لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَمْ يَأْمُرْ بِذَلِكَ وَهِيَ مَسْتُورَةٌ بِثِيَابِهَا، وَالْحَفَرُ أَحْسَنُ؛ لِأَنَّهُ أَسْتَرُ وَيُحْفَرُ إِلَى الصَّدْرِ لَمَّا رَوَيْنَا (وَلَا يُحْفَرُ لِلرَّجُلِ)؛ لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ مَا حَفَرَهُ لَمَاعِزٍ، وَلَأَنَّ مَبْنَى الْإِقَامَةِ عَلَى التَّشْهِيرِ فِي الرِّجَالِ، وَالرَّبْطُ وَالْإِمْسَاكُ غَيْرُ مَشْرُوعٍ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَمَّا رَوَيْنَا) يَعْنِي مِنْ حَدِيثِ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: يُضْرَبُ الرَّجُلُ فِي الْحُدُودِ قِيَامًا وَالنِّسَاءُ قُعُودًا. وَالتَّنْدُوءُ بِفَتْحِ التَّاءِ وَالْوَاوِ وَبِالضَّمِّ وَالْهَمْزِ مَكَانَ الْوَاوِ وَالذَّالُ فِي الْحَالَتَيْنِ مَضْمُومَةٌ: تَذِي الرَّجُلُ أَوْ لَحْمُ التَّذْيِينِ. وَالْهَمْدَانِيَّةُ بِسُكُونِ الْمِيمِ مَسْئُومَةٌ إِلَى هَمْدَانَ بِسُكُونِ الْمِيمِ حَيٍّ مِنَ الْعَرَبِ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا رَوَيْنَا) يَعْنِي مِنْ حَدِيثِ الْغَامِذِيَّةِ حَيْثُ حُفِرَ لَهَا إِلَى الثَّنْدُوءِ وَقَوْلُهُ (وَالرَّبْطُ وَالْإِمْسَاكُ غَيْرُ مَشْرُوعٍ) يَعْنِي إِلَّا أَنْ يُعْجِزَهُمْ كَمَا ذَكَرْنَاهُ.

(وَلَا يُقِيمُ الْمَوْلَى الْحَدَّ عَلَى عَبْدِهِ إِلَّا بِإِذْنِ الْإِمَامِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَهُ أَنْ يُقِيمَهُ لِأَنَّ لَهُ وِلَايَةً مُطْلَقَةً عَلَيْهِ كَالْإِمَامِ، بَلْ أَوْلَى لِأَنَّهُ يَمْلِكُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِيهِ مَا لَا يَمْلِكُهُ الْإِمَامُ فَصَارَ كَالْتَّعْزِيرِ. وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أَرْبَعٌ إِلَى الْوَلَاةِ وَذَكَرَ مِنْهَا الْحُدُودُ» وَلِأَنَّ الْحَدَّ حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى لِأَنَّ الْمَقْصِدَ مِنْهَا إِخْلَاءَ الْعَالَمِ عَنِ الْفُسَادِ، وَلِهَذَا لَا يَسْقُطُ بِإِسْقَاطِ الْعَبْدِ فَيَسْتَوْفِيهِ مَنْ هُوَ نَائِبٌ عَنِ الشَّرْعِ وَهُوَ الْإِمَامُ أَوْ نَائِبُهُ، بِخِلَافِ التَّعْزِيرِ لِأَنَّهُ حَقٌّ لِلْعَبْدِ وَلِهَذَا يُعْزَرُ الصَّبِيُّ، وَحَقُّ الشَّرْعِ مَوْضُوعٌ عَنْهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَنَا قَوْلُهُ  : «أَرْبَعٌ إِلَى الْوَلَاةِ» وَذَكَرَ مِنْهَا الْحُدُودُ) رَوَاهُ ابْنُ مَسْعُودٍ وَابْنُ عَبَّاسٍ وَابْنُ الزُّبَيْرِ، وَالثَّلَاثَةُ الْبَاقِيَةُ: الصَّدَقَاتُ، وَالْجُمُعَاتُ، وَالْفِيءُ. وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّ

الْحُدُودَ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى) حَقُّ اللَّهِ مَشْرُوعٌ يَتَعَلَّقُ بِهِ نَفْعُ الْعَالَمِ عَلَى الْإِطْلَاقِ وَالتَّنْكِيرُ لِيَتَنَاوَلَ مَا لَنَا وَمَا عَلَيْنَا، وَقَوْلِي عَلَى الْإِطْلَاقِ لِإَخْرَاجِ حَقِّ الْعَبْدِ فَإِنَّهُ مَشْرُوعٌ يَتَعَلَّقُ بِهِ نَفْعُ الْعَالَمِ بِالْتَّخْصِصِ كَحُرْمَةِ مَالِ الْغَيْرِ مَثَلًا فَإِنَّهَا حَقُّ الْعَبْدِ لَتَعَلُّقِ صَيَّانَةِ مَا لَهُ بِهَا فَلِهَذَا يُبَاحُ بِإِبَاحَةِ الْمَالِكِ وَلَا يُبَاحُ الزَّنا بِإِبَاحَةِ الْمَرْأَةِ وَلَا بِإِبَاحَةِ أَهْلِهَا، وَتَمَامُ التَّقْرِيرِ فِيهِ مَذْكُورٌ فِي التَّقْرِيرِ.

قَالَ (وَإِحْصَانُ الرَّجُلِ أَنْ يَكُونَ حُرًّا عَاقِلًا بَالِغًا مُسْلِمًا قَدْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً نِكَاحًا صَحِيحًا وَدَخَلَ بِهَا وَهُمَا عَلَى صِفَةِ الْإِحْصَانِ) فَالْعَقْلُ وَالْبُلُوغُ شَرْطٌ لِأَهْلِيَّةِ الْعُقُوبَةِ إِذْ لَا خِطَابَ دُونَهُمَا، وَمَا وَرَاءَهُمَا يُشْتَرِطُ لَتَكَامُلِ الْجِنَايَةِ بِوَاسِطَةِ تَكَامُلِ النِّعْمَةِ إِذْ كُفْرَانُ النِّعْمَةِ يَتَغَلَّظُ عِنْدَ تَكَثُّرِهَا، وَهَذِهِ الْأَشْيَاءُ مِنْ جَلَائِلِ النِّعَمِ. وَقَدْ شَرَعَ الرَّجْمُ بِالزَّنا عِنْدَ اسْتِجْمَاعِهَا فَيُنَاطُ بِهٍ بِخِلَافِ الشَّرَفِ وَالْعِلْمِ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ مَا وَرَدَ بِاعْتِبَارِهِمَا وَنَصَبُ الشَّرْعِ بِالرَّايِ مُتَعَدِّرٌ، وَلِأَنَّ الْحُرِّيَّةَ مُمَكِّنَةٌ مِنَ النِّكَاحِ الصَّحِيحِ وَالنِّكَاحِ الصَّحِيحُ مُمَكِّنٌ مِنَ الْوُطْءِ الْحَلَالِ، وَالْإِصَابَةُ شَبَعٌ بِالْحَلَالِ، وَالْإِسْلَامُ يُمَكِّنُهُ مِنَ نِكَاحِ الْمُسْلِمَةِ وَيُؤَكِّدُ اعْتِقَادَ الْحُرْمَةِ فَيَكُونُ الْكُلُّ مَرْجَرَةً عَنِ الزَّنا. وَالْجِنَايَةُ بَعْدَ تَوْفُرِ الزَّوَاجِرِ أَغْلَظُ وَالشَّافِعِيُّ يُخَالِفُنَا فِي اشْتِرَاطِ الْإِسْلَامِ وَكَذَا أَبُو يُوسُفَ فِي رَوَايَةٍ لَهُمَا مَا رَوِيَ "أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ رَجَمَ يَهُودِيَيْنِ قَدْ زَنِيَا" قُلْنَا: كَانَ ذَلِكَ بِحُكْمِ الثَّوَرَةِ ثُمَّ نُسِخَ، يُؤَيِّدُهُ «قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: مَنْ أَشْرَكَ بِاللَّهِ فَلَيْسَ بِمُحْصِنٍ»^(١).

وَالْمُعْتَبَرُ فِي الدُّخُولِ إِيْلَاجٌ فِي الْقَبْلِ عَلَى وَجْهِ يُوجِبُ الْغُسْلَ. وَشَرْطُ صِفَةِ الْإِحْصَانِ فِيهِمَا عِنْدَ الدُّخُولِ، حَتَّى لَوْ دَخَلَ بِالْمَنْكُوحَةِ الْكَافِرَةِ أَوِ الْمَمْلُوكَةِ أَوِ الْمَجْنُونَةِ أَوْ الصَّبِيَّةِ لَا يَكُونُ مُحْصِنًا، وَكَذَا إِذَا كَانَ الزَّوْجُ مَوْصُوفًا بِأَحَدِ هَذِهِ الصِّفَاتِ وَهِيَ حُرَّةٌ مُسْلِمَةٌ عَاقِلَةٌ بَالِغَةٌ؛ لِأَنَّ النِّعْمَةَ بِذَلِكَ لَا تَتَكَامَلُ إِذْ الطَّبْعُ يَنْفِرُ عَنْ صُحْبَةِ الْمَجْنُونَةِ، وَقَلَمَا يَرْغَبُ فِي الصَّبِيَّةِ لِقَلَّةِ رَغْبَتِهَا فِيهِ وَفِي الْمَمْلُوكَةِ حَذَرًا عَنْ رِقِّ الْوَلَدِ وَلَا ائْتِلَافَ مَعَ الْاِخْتِلَافِ فِي الدِّينِ. وَأَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ يُخَالِفُهُمَا فِي الْكَافِرَةِ، وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا ذَكَرْنَاهُ وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا يُحْصِنُ الْمُسْلِمُ الْيَهُودِيَّةَ وَلَا النُّصْرَانِيَّةَ وَلَا

الْحُرِّ الْأَمَةِ وَلَا الْحُرَّةَ الْعَبْدَةَ^(١).

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِحْصَانُ الرَّجْمِ) إِنَّمَا قَيَّدَ الْإِحْصَانُ بِالرَّجْمِ احْتِرَازًا عَنْ إِحْصَانِ الْقَذْفِ فَإِنَّهُ غَيْرُ هَذَا عَلَى مَا يَجِيءُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ. إِحْصَانُ الرَّجْمِ مَشْرُوطٌ بِسَبْعِ شَرَائِطَ (أَنَّ يَكُونَ حُرًّا بِالْعَا عَاقِلًا مُسْلِمًا قَدْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً نَكَاحًا صَحِيحًا وَدَخَلَ بِهَا وَهَمًّا عَلَى صِفَةِ الْإِحْصَانِ) هَذَا عَلَى قَوْلِ الْمُتَقَدِّمِينَ. وَأَمَّا الْمُتَأَخِّرُونَ فَقَدْ قَالُوا: شَرَائِطُ الْإِحْصَانِ عَلَى الْخُصُوصِ مِنْهَا شَيْئَانِ: الْإِسْلَامُ، وَالْدُخُولُ بِالنِّكَاحِ الصَّحِيحِ بِامْرَأَةٍ هِيَ مِثْلُهُ. وَهَذَا الشَّرْطُ الثَّانِي مُرَكَّبٌ مِنْ ثَلَاثَةٍ مِنْ ذَلِكَ.

وَأَمَّا الْعَقْلُ وَالْبُلُوغُ فَشَرْطُ لَأَهْلِيَّةِ الْعُقُوبَةِ لَعَدَمِ الْخَطَابِ بِذَوْنِهِمَا، وَأَمَّا الْحُرِّيَّةُ فَشَرْطُ تَكْمِيلِ الْعُقُوبَةِ بِوَاسِطَةِ تَكَامُلِ النَّعْمَةِ، وَالْمَصْنُفُ وَافَقَ الْمُتَأَخِّرِينَ فِي جَعْلِ الْعَقْلِ وَالْبُلُوغِ شَرْطًا لَأَهْلِيَّةِ الْعُقُوبَةِ، وَجَعَلَ الْبَاقِيَةَ شَرْطًا لِتَكَامُلِ الْجَنَائَةِ بِوَاسِطَةِ تَكَامُلِ النَّعْمَةِ لِأَنَّ كُفْرَانَ النَّعْمَةِ يَتَغَلَّظُ عِنْدَ تَكَثُّرِهَا وَتَعَلُّظُهُ يَسْتَدْعِي أَغْلَظَ الْعُقُوبَاتِ وَهَذِهِ الْأَشْيَاءُ مِنْ جَلَائِلِ النَّعْمِ فَكُفْرَانُهَا يَكُونُ سَبَبًا لِأَفْحَشِ الْعُقُوبَاتِ وَهُوَ الرَّجْمُ بِالْحِجَارَةِ إِلَى الْمَوْتِ لِيَكُونَ ثُبُوتُ الْحُكْمِ بِقَدَرِ سَبَبِهِ، وَانْحَصَرَ الشَّرَائِطُ عَلَى هَذَا الْعَدَدِ لِأَنَّ الرَّجْمَ بِالزَّنَا قَدْ شَرَعَ عِنْدَ اسْتِجْمَاعِهَا فَيَنَاطُ بِهَا، وَالشَّرَفُ وَالْعِلْمُ وَالْحِمَالُ وَالْحَسَبُ وَإِنْ كَانَتْ مِنْ جَلَائِلِ النَّعْمِ أَيْضًا إِلَّا أَنَّ الشَّرْعَ لَمْ يَرِدْ بِاعْتِبَارِهَا وَنَصَبُ الشَّرْعِ بِالرَّأْيِ مُتَعَدِّرٌ.

وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّ الْحُرِّيَّةَ دَلِيلٌ عَلَى الْاِقْتِصَارِ عَلَى تِلْكَ الشَّرَائِطِ يَتَضَمَّنُ أَنَّ لَهَا مَذْخَلًا فِي الْاِسْتِغْنَاءِ عَنِ الزَّنَا دُونَ غَيْرِهَا مِنَ الْعِلْمِ وَالشَّرَفِ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْحُرِّيَّةَ مُمَكِّنَةٌ مِنَ النَّكَاحِ الصَّحِيحِ) لِأَنَّ الْحُرَّ يَتَوَلَّى أُمُورَ نَفْسِهِ لَيْسَ تَحْتَ وِلَايَةِ أَحَدٍ. (وَالنِّكَاحُ الصَّحِيحُ مُمَكِّنٌ مِنَ الْوَطْءِ الْحَلَالِ) لَا مَحَالَةَ وَالْدُخُولُ بِهِ شَبَعٌ بِالْحَلَالِ (وَالْإِسْلَامُ مُمَكِّنٌ مِنَ نِكَاحِ الْمُسْلِمَةِ وَمُؤَكَّدٌ اعْتِقَادَ الْحُرْمَةِ فَيَكُونُ الْكُلُّ مَزْجَرَةً عَنِ الزَّنَا، وَالْجَنَائَةُ عِنْدَ تَوَافُرِ الزَّوَاجِرِ أَغْلَظُ) وَلِقَائِلُ أَنْ يَقُولَ فِي الْعِلْمِ بِأَحْوَالِ الْآخِرَةِ وَمَا يَتَرْتَّبُ عَلَى الزَّنَا مِنَ الْفَسَادِ عَاجِلًا وَالْعُقُوبَةِ آجِلًا مِنَ الزَّوَاجِرِ لَا مَحَالَةَ، وَالْحِمَالُ فِي الْمُنْكَوحَةِ مُقْنِعٌ لِلزَّوْجِ عَنِ النَّظَرِ إِلَى غَيْرِهَا، وَالشَّرَفُ يَرُدُّ عَنْ لُحُوقِ مَعَرَّةِ الزَّنَا وَعِقَابِهِ فَكَانَ الْوَاجِبُ أَنْ

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٥٠٣): غريب.

يَكُونُ مِنْ شَرَائِطِهِ.

وَالْجَوَابُ أَنَّ الْمُسْلِمَ النَّاشِئَ قَلَمًا يَخْلُو عَنْ الْعِلْمِ بِمَا ذَكَرْتُ، وَالْحَمَالُ وَالشَّرَفُ لَيْسَ لُهُمَا حَدٌّ مَعْلُومٌ يُضَيِّطَانِ بِهِ فَلَا تَكُونُ مُعْتَبَرَةً. وَأَمَّا وَجْهُ اشْتِرَاطِ كَوْنِهِمَا عَلَى صِفَةِ الْإِحْصَانِ عِنْدَ الدُّخُولِ فَسَنَذْكُرُهُ (وَالشَّافِعِيُّ يُخَالِفُنَا فِي اشْتِرَاطِ الْإِسْلَامِ، وَكَذَا أَبُو يُوسُفَ فِي رِوَايَةٍ) مُسْتَدْلِلِينَ بِمَا رَوَى مُسْنَدًا إِلَى ابْنِ عُمرَ رضي الله عنه «أَنَّ الْيَهُودَ جَاءُوا إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَذَكَرُوا لَهُ أَنَّ رَجُلًا مِنْهُمْ وَامْرَأَةً زَنَيَا، فَقَالَ لَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: مَا تَجِدُونَ فِي التَّوْرَةِ فِي شَأْنِ الزَّانِي؟ فَقَالُوا: نَفْضَحُهُمْ وَيُجْلَدُونَ، فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ سَلَامٍ: كَذَبْتُمْ إِنَّ فِيهَا الرَّجْمَ، فَأَتَوْا بِالتَّوْرَةِ فَنَشَرُوهَا فَجَعَلَ أَحَدُهُمْ يَدُهُ عَلَى آيَةِ الرَّجْمِ ثُمَّ جَعَلَ يَقْرَأُ مَا قَبْلَهَا وَمَا بَعْدَهَا، فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ سَلَامٍ: ارْفَعْ يَدَكَ، فَرَفَعَهَا إِذَا فِيهَا آيَةُ الرَّجْمِ، فَقَالَ: صَدَقَ يَا مُحَمَّدٌ فِيهَا آيَةُ الرَّجْمِ، فَأَمَرَ بِهِمَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَرَجِمَا» ^(١) قُلْنَا كَانَ ذَلِكَ بِحُكْمِ التَّوْرَةِ ثُمَّ نُسخَ، يُؤَيِّدُهُ مَا رَوَى أَصْحَابُنَا فِي كُتُبِهِمْ عَنْ ابْنِ عُمرَ «مَنْ أَشْرَكَ بِاللَّهِ فَلَيْسَ بِمُحْصَنٍ».

وَقَوْلُهُ (وَالْمُعْتَبَرُ فِي الدُّخُولِ إِيْلَاجٌ فِي الْقَبْلِ عَلَى وَجْهِ يُوجِبُ الْعُسْلَ) لِبَيَانِ مَا يَحْصُلُ بِهِ الْإِحْصَانُ مِنَ الْجَمَاعِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ يُنَافِي مَا تَقَدَّمَ مِنْ قَوْلِهِ وَالْإِصَابَةُ شَبَعٌ بِالْحَلَالِ، فَإِنَّ الشَّبَعَ إِنَّمَا يَكُونُ بِالْإِنْزَالِ دُونَ الْإِيْلَاجِ عُرِفَ ذَلِكَ فِي حَدِيثِ رِفَاعَةَ حَيْثُ قَالَ ﷺ «لَا حَتَّى تَذُوقِي مِنْ عُسَيْلَتِهِ وَيَذُوقَ مِنْ عُسَيْلَتِكَ» ^(٢) بِالتَّصْغِيرِ. وَقَوْلُهُ (وَشَرَطُ صِفَةِ الْإِحْصَانِ فِيهِمَا) ظَاهِرٌ. وَقِيلَ كَيْفَ يُتَصَوَّرُ أَنْ يَكُونَ الزَّوْجُ كَافِرًا وَالْمَرْأَةُ مُسْلِمَةً؟

وَأُجِيبَ بِأَنَّ صُورَتَهُ أَنْ يَكُونَا كَافِرَيْنِ فَأَسْلَمَتِ الْمَرْأَةُ وَدَخَلَ بِهَا الزَّوْجُ قَبْلَ عَرْضِ الْإِسْلَامِ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ مَا لَمْ يُفَرِّقِ الْقَاضِي بَيْنَهُمَا بِالْإِبَاءِ عِنْدَ عَرْضِ الْإِسْلَامِ فَهُمَا زَوْجَانِ وَقَدْ مَرَّ (وَأَبُو يُوسُفَ يُخَالِفُهُمَا فِي الْكَافِرَةِ) فِي أَنَّ إِسْلَامَ الْمُنْكَوْحَةِ وَقْتُ الدُّخُولِ بِهَا شَرَطُ إِحْصَانِ الزَّانِي. فَعِنْدَهُ لَيْسَ بِشَرَطٍ، حَتَّى لَوْ دَخَلَ بِالْمُنْكَوْحَةِ الْكَافِرَةِ يَصِيرُ مُحْصَنًا (وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ) أَيُّ عَلَى أَبِي يُوسُفَ (مَا ذَكَرْنَاهُ) يَعْنِي مِنْ قَوْلِهِ وَلَا

(١) أخرجه البخاري في الحدود باب ٣٧، ومسلم في الحدود (٢٦).

(٢) سبق تفريجه.

اِتِّلَافَ مَعَ الْاِخْتِلَافِ فِي الدِّينِ. وَقَوْلُهُ (وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ) مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ مَا ذَكَرْتَاهُ «لَا تُحْصِنُ الْمُسْلِمَ الْيَهُودِيَّةُ وَلَا النَّصْرَانِيَّةُ وَلَا الْحُرُّ الْأُمَّةُ وَلَا الْحُرَّةُ الْعَبْدَةُ» ذَكَرَهُ شَمْسُ الْأُيُمَّةِ السَّرْحَسِيُّ مُرْسَلًا فِي مَبْسُوطِهِ.

قَالَ (وَلَا يُجْمَعُ فِي الْمُحْصَنِ بَيْنَ الرَّجْمِ وَالْجَلْدِ) لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَمْ يَجْمَعْ، وَلِأَنَّ الْجَلْدَ يَعْرِى عَنِ الْقَصُودِ مَعَ الرَّجْمِ؛ لِأَنَّ زَجَرَ غَيْرِهِ يَحْصُلُ بِالرَّجْمِ إِذْ هُوَ فِي الْعُقُوبَةِ أَقْصَاهَا وَزَجَرُهُ لَا يَحْصُلُ بَعْدَ هَلَاكِهِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يُجْمَعُ فِي الْمُحْصَنِ بَيْنَ الْجَلْدِ وَالرَّجْمِ) وَفِي رَوَايَةٍ عَنْ أَحْمَدَ يَجْمَعُ بَيْنَهُمَا لَمَّا رَوَى عُبَادَةُ بْنُ الصَّامِتِ رضي الله عنه أَنَّهُ عليه السلام قَالَ: «الثَّيْبُ بِالثَّيْبِ جَلْدُ مِائَةِ وَرَمِيَّ بِالْحِجَارَةِ وَالْبِكْرُ بِالْبِكْرِ جَلْدُ مِائَةٍ وَلَقِيَ سَنَةً» وَلَنَا أَنَّ النَّبِيَّ صلى الله عليه وآله لَمْ يَجْمَعْ بَيْنَهُمَا فِي مَا عَزَّ وَلَا فِي الْغَامِذِيَّةِ وَلَا الصَّحَابَةِ بَعْدَهُ. وَحَدِيثُ عُبَادَةَ يَبَيِّنُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿أَوْتَجَعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٥] وَحَدِيثُ مَا عَزَّ بَعْدَهُ فَيَكُونُ نَاسِخًا. وَقَوْلُهُ (وَلِأَنَّ الْجَلْدَ يَعْرِى) ظَاهِرٌ.

قَالَ (وَلَا يُجْمَعُ فِي الْبِكْرِ بَيْنَ الْجَلْدِ وَالنَّفْيِ) وَالشَّافِعِيُّ يَجْمَعُ بَيْنَهُمَا حَدًّا؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الْبِكْرُ بِالْبِكْرِ جَلْدُ مِائَةٍ وَتَغْرِيبُ عَامٍ» ^(١) وَلِأَنَّ فِيهِ حَسَمَ بَابِ الزَّنَا لِقِلَّةِ الْمَعَارِفِ. وَلَنَا قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَاجْلِدُوا﴾ جَعَلَ الْجَلْدَ كُلَّ الْمَوْجِبِ رُجُوعًا إِلَى حَرْفِ الْفَاءِ وَإِلَى كَوْنِهِ كُلِّ الْمَذْكُورِ، وَلِأَنَّ فِي التَّغْرِيبِ فَتَحَ بَابِ الزَّنَا لِانْعِدَامِ الْإِسْتِحْيَاءِ مِنَ الْعَشِيرَةِ ثُمَّ فِيهِ قَطْعُ مَوَادِّ الْبَقَاءِ، فَرُبَّمَا تَتَّخِذُ زَنَاهَا مَكْسَبَةً وَهُوَ مِنْ أَهْبَحَ وَجْهِ الزَّنَا، وَهَذِهِ الْجَهَةُ مُرْجَحَةٌ لِقَوْلِ عَلِيِّ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ: كَفَى بِالنَّفْسِ فِتْنَةً، وَالْحَدِيثُ مَنْسُوخٌ كَشَطْرِهِ، وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الثَّيْبُ بِالثَّيْبِ جَلْدُ مِائَةٍ وَرَجْمٌ بِالْحِجَارَةِ» وَقَدْ عُرِفَ طَرِيقُهُ فِي مَوْضِعِهِ.

قَالَ (إِلَّا أَنْ يَرَى الْإِمَامُ فِي ذَلِكَ مَصْلَحَةً فَيَغْرِيبُهُ عَلَى قَدَرِ مَا يَرَى) وَذَلِكَ تَعْزِيرٌ وَسِيَاسَةٌ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يُفِيدُ فِي بَعْضِ الْأَحْوَالِ فَيَكُونُ الرَّأْيُ فِيهِ إِلَى الْإِمَامِ، وَعَلَيْهِ يُحْمَلُ النَّفْيُ الْمُرَوِيُّ عَنْ بَعْضِ الصَّحَابَةِ

(١) أخرجه مسلم عن عبادة بن الصامت، وانظر نصب الراية (٣/٥٠٥).

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالشَّافِعِيُّ يَجْمَعُ بَيْنَهُمَا حَدًّا) أَيُّ فِي حَدِّ الزَّنا بِنَفْسِي الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ جَمِيعًا (لِقَوْلِهِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ): «الْبِكْرُ بِالْبِكْرِ جَلْدُ مِائَةٍ وَتَعْرِيبُ عَامٍ») وَلَأَنَّ التَّعْرِيبَ مِنْ تِسْمَةِ الْحَدِّ، فَكَمَا أَنَّ الرَّجُلَ وَالْمَرْأَةَ فِي حَقِّ الْجَلْدِ سَوَاءٌ فَكَذَلِكَ فِي حَقِّ التَّعْرِيبِ (وَلَأَنَّ فِيهِ) أَيُّ فِي التَّعْرِيبِ (حَسَمَ مَادَّةَ الزَّنا لِقَلَّةِ الْمَعَارِفِ) أَيُّ لِقَلَّةِ مَنْ يَعْرِفُهُمْ وَيَعْرِفُونَهُ مِنَ الْأَحْبَاءِ وَالْحَبِيبَاتِ، لَمَّا أَنَّ الزَّنا إِنَّمَا يَنْشَأُ مِنَ الصُّحْبَةِ وَالْمُؤَانَسَةِ وَالتَّعْرِيبُ قَاطِعٌ لَذَلِكَ (وَلَنَا قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَاجْلِدُوا﴾ جَعَلَ الْجَلْدَ كُلَّ الْمَوْجِبِ رُجُوعًا إِلَى حَرْفِ الْفَاءِ) وَرُجُوعًا نُصِبَ عَلَى الْمَصْدَرِ وَمَعْنَاهُ أَنَّ الْفَاءَ لِلْجَزَاءِ، وَإِذَا ذُكِرَ الْجَزَاءُ بَعْدَ الشَّرْطِ بِالْفَاءِ ذَلَّ اسْتِقْرَاءُ كَلَامِهِمْ أَنَّهُ هُوَ الْجَزَاءُ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ إِذَا قَالَ لَامْرَأَتِهِ إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَلْتِ طَائِقٌ وَاحِدَةً لَيْسَ جَزَاءُ الشَّرْطِ إِلَّا مَا هُوَ الْمَذْكُورُ بَعْدَ الْفَاءِ. وَقَوْلُهُ (وَأِلَى كَوْنِهِ كُلِّ الْمَذْكُورِ) أَيُّ رُجُوعًا إِلَى كَوْنِهِ كُلِّ الْمَذْكُورِ، وَمَعْنَاهُ أَنَّهُ ذَكَرَ الْجَلْدَ ذَوْنَ النَّفْيِ فِي مَوْضِعِ الْحَاجَةِ إِلَى الْبَيَانِ فَكَانَ مَا ذَكَرَهُ كُلُّ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ فِي الْبَيَانِ، فَلَوْ بَقِيَ شَيْءٌ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ وَلَمْ يُبَيِّنْ لَزِمَ الْإِخْلَالُ فِي الْبَيَانِ فِي مَوْضِعِ الْحَاجَةِ وَالْعَمَلُ بِالْحَدِيثِ الَّذِي رَوَاهُ نُسَخُ الْكِتَابِ وَهُوَ لَا يَجُوزُ.

وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّ فِي التَّعْرِيبِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ فِيهِ) أَيُّ فِي التَّعْرِيبِ (قَطَعَ مَادَّةَ الْبَقَاءِ) يَعْنِي مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ مِنَ الْمَأْكُولِ وَالْمَلْبُوسِ (فَرُبَّمَا تَتَّخِذُ زِنَاهَا مَكْسَبَةً وَهُوَ مِنْ أَفْبَحِ وُجُوهِ الزَّنا) لَا زِيَادَةَ شَهْوَةٍ. وَقَوْلُهُ (وَهَذِهِ الْجِهَةُ مُرَجَّحَةٌ لِقَوْلِ عَلِيٍّ) نُقِلَ بِفَتْحِ الْجِيمِ وَكُسْرِهَا؛ فَوَجْهُ الْفَتْحِ أَنَّ هَذِهِ الْجِهَةَ مِنَ الْعِلَّةِ أَقْوَى مِنْ عِلَّةِ الْخَصْمِ بِشَهَادَةِ قَوْلِ عَلِيٍّ لَصِحَّةِ مَا قُلْنَا.

وَوَجْهُ الْكُسْرِ أَنَّ الْخَصْمَ يُنْكَرُ صِحَّةَ نَقْلِ قَوْلِ عَلِيٍّ فَقَالَ الْمُصَنِّفُ هَذِهِ الْجِهَةُ مِنْ جِهَاتِ الْعِلَلِ تُؤَيِّدُ صِحَّةَ قَوْلِ عَلِيٍّ، فَكَانَتْ اللَّامُ لِلصَّلَةِ دَاخِلَةً عَلَى الْمَفْعُولِ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِلزَّكَاةِ فَاعِلُونَ﴾ [المؤمنون: ٤] وَفِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ كَانَتْ لِلتَّلْعِيلِ. فَإِنْ قِيلَ: الْأَصْلُ أَنَّ مَا يَصْلُحُ عِلَّةً لَا يَصْلُحُ مُرَجِّحًا وَهَذِهِ الْجِهَةُ عِلَّةٌ فَكَيْفَ صَلَحَتْ مُرَجَّحَةً. أَجِيبُ بِأَنَّ هَذِهِ الْجِهَةَ لَيْسَتْ بِمُثَبِّتَةٍ لِلْحَدِّ بَلْ هِيَ نَافِيَةٌ، مَعَ أَنَّ النَّفْيَ لَيْسَ بِحُكْمٍ وَاجِبٍ فِي الْحَدِّ فَيَصْلُحُ لِلتَّرْجِيحِ، فَفِي مِثْلِ هَذَا الْمَوْضِعِ تُذَكَّرُ الْعِلَلُ

مَوْضِعًا بَعْضُهَا بَعْضًا، وَمَا أَرَى اخْتِيَارَ الْمُصَنِّفِ لَفْظَ الْجَهَةِ عَلَى لَفْظِ الْعِلَّةِ إِلَّا هَذَا كَذَا فِي النَّهَائَةِ. وَقَوْلُهُ (وَالْحَدِيثُ) يَعْنِي قَوْلُهُ: «الْبِكْرُ بِالْبِكْرِ جَلْدُ مِائَةٍ وَتَغْرِيبُ عَامٍ» (مَنْسُوخٌ كَشَطْرِهِ وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الثِّيبُ بِالْثِيبِ جَلْدُ مِائَةٍ وَرَجَمٌ بِالْحِجَارَةِ» وَقَدْ عُرِفَ طَرِيقُهُ فِي مَوْضِعِهِ) قِيلَ يَعْنِي فِي طَرِيقَةِ الْخِلَافِ.

فَإِنْ قِيلَ: هَذَا إِبْتِثَاتُ النَّسْخِ: بِالْقِيَاسِ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ يَبَيِّنُ لَكُونَ الْحَدِيثِ مَنْسُوخًا بِنَاسِخٍ وَلَمْ يُبَيِّنْ أَنَّ النَّاسِخَ مَا هُوَ. وَحَاصِلُ ذَلِكَ أَنَّ حُكْمَ الرِّثَا فِي الْإِبْتِدَاءِ كَانَ إِمْسَاكَ الزَّوَانِي فِي الْبُيُوتِ حَتَّى يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ وَالْإِيذَاءُ بِاللِّسَانِ، فَاتَّسَخَّ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «خُذُوا عَنِّي خُذُوا عَنِّي قَدْ جَعَلَ اللَّهُ لَهْنٌ سَبِيلًا» ثُمَّ اتَّسَخَّ هَذَا الْحَدِيثُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي﴾ [النور: ٢].

وَالدَّلِيلُ عَلَى أَنَّ الْحَدِيثَ مُقَدَّمٌ عَلَى قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي﴾ [النور: ٢] أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «خُذُوا عَنِّي» وَلَوْ كَانَ اتَّسَاخُ إِمْسَاكَ الزَّوَانِي فِي الْبُيُوتِ بِقَوْلِهِ: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي﴾ [النور: ٢] لَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ خُذُوا عَنِّي.

وَهَذِهِ الدَّلَالَةُ الَّتِي هِيَ دَلَالَةُ التَّقَدُّمِ هَاهُنَا مِثْلُ دَلَالَةِ التَّقَدُّمِ فِي حَدِيثِ الْعُرَيْيْنِ وَإِلَيْهِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ فِي الْكِتَابِ وَقَدْ عُرِفَ طَرِيقُهُ فِي مَوْضِعِهِ: أَيُّ ذَلْ فِي حَدِيثِ الْعُرَيْيْنِ ذَالٌ عَلَى أَنَّهُ مُقَدَّمٌ عَلَى قَوْلِهِ ﷺ: «اسْتَنْزَهُوا الْبَوْلَ» وَهُوَ جَوَازُ الْمَثَلَةِ، فَكَذَلِكَ هَاهُنَا ذَلُ الدَّالِّ عَلَى أَنَّ الْحَدِيثَ مُقَدَّمٌ عَلَى قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي﴾ [النور: ٢] وَهُوَ مَا ذَكَرْتُمَا، هَذَا مَا ذَكَرَهُ فِي النَّهَائَةِ وَتَبِعَهُ غَيْرُهُ مِنَ الشَّارِحِينَ.

وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنْ يَرَى ذَلِكَ مَصْلَحَةً) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ وَلَا يَجْمَعُ فِي الْبِكْرِ بَيْنَ الْجَلْدِ وَالتَّغْيِي يَعْنِي إِذَا رَأَى الْإِمَامُ تَغْرِيبَ الزَّانِي مَصْلَحَةً لِدَعَارَتِهِ فَعَلَ ذَلِكَ عَلَى قَدْرِ مَا يَرَاهُ بِطَرِيقِ التَّغْيِيرِ وَالسِّيَاسَةِ (لَا أَنَّهُ قَدْ يُفِيدُ فِي بَعْضِ الْأَحْوَالِ فَيَكُونُ الرَّأْيُ فِيهِ إِلَى الْإِمَامِ، وَعَلَيْهِ يُحْمَلُ التَّغْيِي الْمَرْوِيُّ عَنْ بَعْضِ الصَّحَابَةِ) رَوِيَ أَنَّ أَبَا بَكْرٍ ﷺ جَلَدَ بَكْرَيْنِ وَتَفَاهَمَا إِلَى فِدْكَ، وَعُمَرُ ﷺ سَمِعَ قَائِلَةً تَقُولُ: هَلْ مِنْ سَبِيلٍ إِلَى خَمْرِ فَأَشْرَبَهَا أَوْ مِنْ سَبِيلٍ إِلَى نَصْرِ بْنِ حَجَّاجٍ إِلَى فَتَى مَاجِدِ الْأَعْرَاقِ مُقْتَبِلِ سَهْلِ الْمُحَيَّا كَرِيمٍ غَيْرِ مِلْجَاجٍ فَطَلَبَ نَصْرًا وَتَفَاهً، وَذَلِكَ لَا يُوجِبُ التَّغْيِي، وَلَكِنْ فَعَلَ ذَلِكَ لِمَصْلَحَةٍ ظَهَرَتْ لَهُ، فَقَالَ: مَا ذَنْبِي يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ؟ فَقَالَ: لَا ذَنْبَ لَكَ، وَإِنَّمَا الذَّنْبُ لِي حَيْثُ لَا أُطَهِّرُ دَارَ الْهَجْرَةِ

مِنْكَ. وَعُثْمَانُ ﷺ جَلَدَ زَانِيًا وَكَفَّاهُ إِلَى مِصْرَ، وَعَلِيٌّ ﷺ جَلَدَ وَكَفَى ثُمَّ قَالَ: كَفَى بِالنَّفْسِ فَتْنَةً، وَكُلُّ ذَلِكَ مَحْمُولٌ عَلَى السِّيَاسَةِ وَالتَّعْزِيرِ.

(وَإِذَا زَنَى الْمَرِيضُ وَحْدَهُ الرَّجْمُ رُجِمَ)؛ لَأَنَّ الْإِتْلَافَ مُسْتَحَقٌّ فَلَا يَمْتَنِعُ بِسَبَبِ الْمَرَضِ (وَإِنْ كَانَ حَدُّهُ الْجَلْدَ لَمْ يُجْلَدْ حَتَّى يَبْرَأَ) كَيْلَا يُفْضِيَ إِلَى الْهَلَاكِ وَلِهَذَا لَا يُقَامُ الْقَطْعُ عِنْدَ شِدَّةِ الْحَرِّ وَالْبَرْدِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا زَنَى الْمَرِيضُ إلخ) ظَاهِرٌ.

(وَإِنْ زَنَتِ الْحَامِلُ لَمْ تُحَدَّ حَتَّى تَضَعَ حَمْلَهَا) كَيْلَا يُؤْدِيَ إِلَى هَلَاكِ الْوَلَدِ وَهُوَ نَفْسٌ مُحْتَرَمَةٌ (وَإِنْ كَانَ حَدُّهَا الْجَلْدَ لَمْ تُجْلَدْ حَتَّى تَتَعَالَى مِنْ نِفَاسِهَا) أَيْ تَرْتَفِعَ يُرِيدُ بِهِ تَخْرُجُ مِنْهُ؛ لَأَنَّ النَّفَاسَ نَوْعَ مَرَضٍ فَيُؤَخَّرُ إِلَى زَمَانِ الْبُرَى. بِخِلَافِ الرَّجْمِ؛ لَأَنَّ التَّأْخِيرَ لِأَجْلِ الْوَلَدِ وَقَدْ انفصل. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يُؤَخَّرُ إِلَى أَنْ يَسْتَغْنِيَ وَلَدُهَا عَنْهَا إِذَا لَمْ يَكُنْ أَحَدٌ يَقُومُ بِتَرْبِيَّتِهِ؛ لَأَنَّ فِي التَّأْخِيرِ صِيَانَةَ الْوَلَدِ عَنِ الضِّيَاعِ، وَقَدْ رَوَى «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَالَ لِلْغَامِذِيَّةِ بَعْدَمَا وَضَعَتْ أَرْجِعِي حَتَّى يَسْتَغْنِيَ وَلَدُكَ»^(١) ثُمَّ الْحَبْلَى تُحْبَسُ إِلَى أَنْ تَلِدَ إِنْ كَانَ الْحَدُّ ثَابِتًا بِالْبَيِّنَةِ كَيْ لَا تَهْرُبَ، بِخِلَافِ الْإِقْرَارِ؛ لَأَنَّ الرَّجُوعَ عَنْهُ عَامِلٌ فَلَا يُفِيدُ الْحَبْسَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (قَالَ لِلْغَامِذِيَّةِ) رَوَى «أَنَّ الْغَامِذِيَّةَ لَمَّا أَقْرَتْ بِالزَّكَاءِ يَنْ يَدِي رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَكَانَتْ حَامِلًا قَالَ لَهَا عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: أَرْجِعِي حَتَّى تَضْعِي مَا فِي بَطْنِكَ، فَلَمَّا وَضَعَتْ جَاءَتْ ثَانِيًا وَأَقْرَتْ، فَقَالَ لَهَا: أَرْجِعِي حَتَّى يَسْتَغْنِيَ وَلَدُكَ، فَقَالَتْ: أَخَافُ أَنْ أَمُوتَ قَبْلَ أَنْ أُحَدَّ، فَقَالَ رَجُلٌ: أَنَا أَقُومُ بِتَرْبِيَّةِ وَلَدِهَا يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَأَمَرَ ﷺ بِرَجْمِهَا» فَدَلَّ أَنَّ الْحُكْمَ هُوَ التَّأْخِيرُ عَنْ هَذَا الزَّمَانِ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَوْلَدِهَا مُرَبٌّ.

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٥٠٧/٣): غريب بهذا اللفظ.

بَابُ الْوَطْءِ الَّذِي يُوجِبُ الْحَدَّ وَالَّذِي لَا يُوجِبُهُ

قَالَ (الْوَطْءُ الْمُوجِبُ لِلْحَدِّ هُوَ الزَّنا) وَإِنَّهُ فِي عُرْفِ الشَّرْعِ وَاللِّسَانِ وَطْءُ الرَّجُلِ الْمَرَأَةَ فِي الْقَبْلِ فِي غَيْرِ الْمَلِكِ وَشُبْهَةِ الْمَلِكِ لِأَنَّهُ فِعْلٌ مُحْظُورٌ، وَالْحُرْمَةُ عَلَى الْإِطْلَاقِ عِنْدَ الثَّعْرِيِّ عَنِ الْمَلِكِ وَشُبْهَتِهِ، يُؤَيِّدُ ذَلِكَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «ادْرَعُوا الْحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ» ^(١) ثُمَّ الشُّبْهَةُ نَوْعَانِ: شُبْهَةٌ فِي الْفِعْلِ وَتُسَمَّى شُبْهَةً اشْتِبَاهَ، وَشُبْهَةٌ فِي الْمَحَلِّ وَتُسَمَّى شُبْهَةً حُكْمِيَّةً. فَالْأُولَى تَتَحَقَّقُ فِي حَقِّ مَنْ اشْتَبَهَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ مَعْنَاهُ أَنْ يُظَنَّ غَيْرُ الدَّلِيلِ دَلِيلًا وَلَا بُدَّ مِنَ الظَّنِّ لِيَتَحَقَّقَ الْاِشْتِبَاهُ. وَالثَّانِيَّةُ تَتَحَقَّقُ بِقِيَامِ الدَّلِيلِ النَّافِي لِلْحُرْمَةِ فِي ذَاتِهِ وَلَا تَتَوَقَّفُ عَلَى ظَنِّ الْجَانِي وَاعْتِقَادِهِ. وَالْحَدُّ يَسْقُطُ بِالنُّوعَيْنِ لِإِطْلَاقِ الْحَدِيثِ.

وَالنَّسَبُ يَثْبُتُ فِي الثَّانِيَّةِ إِذَا ادَّعَى الْوَلَدَ، وَلَا يَثْبُتُ فِي الْأُولَى وَإِنْ ادَّعَاهُ لِأَنَّ الْفِعْلَ تَمَحُّضَ زِنَا فِي الْأُولَى؛ وَإِنْ سَقَطَ الْحَدُّ لِأَمْرِ رَاجِعٍ إِلَيْهِ وَهُوَ اشْتِبَاهُ الْأَمْرِ عَلَيْهِ وَلَمْ يَتَمَحَّضْ فِي الثَّانِيَّةِ فَشُبْهَةُ الْفِعْلِ فِي ثَمَانِيَةِ مَوَاضِعَ: جَارِيَةُ أَبِيهِ وَأُمُّهُ وَزَوْجَتُهُ، وَالْمُطَلَّقَةُ ثَلَاثًا وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ، وَبَائِنًا بِالطَّلَاقِ عَلَى مَالٍ وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ، وَأُمُّ وَلَدٍ أَعْتَقَهَا مَوْلَاهَا وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ، وَجَارِيَةُ الْمَوْلَى فِي حَقِّ الْعَبْدِ، وَالْجَارِيَةُ الْمَرْهُونَةُ فِي حَقِّ الْمُرْتَهِنِ فِي رِوَايَةِ كِتَابِ الْحُدُودِ. فَفِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ لَا حَدَّ عَلَيْهِ إِذَا قَالَ: ظَنَنْتُ أَنَّهَا تَحِلُّ لِي. وَلَوْ قَالَ عَلِمْتُ أَنَّهَا عَلَيَّ حَرَامٌ وَجَبَ الْحَدُّ. وَالشُّبْهَةُ فِي الْمَحَلِّ فِي سِتَّةِ مَوَاضِعَ: جَارِيَةُ ابْنِهِ، وَالْمُطَلَّقَةُ طَلَاقًا بَائِنًا بِالْكِنَايَاتِ، وَالْجَارِيَةُ الْمُبِيعَةُ فِي حَقِّ الْبَائِعِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ وَالْمَهْمُورَةُ فِي حَقِّ الزَّوْجِ قَبْلَ الْقَبْضِ، وَالْمُشْتَرِكَةُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ، وَالْمَرْهُونَةُ فِي حَقِّ الْمُرْتَهِنِ فِي رِوَايَةِ كِتَابِ الرُّهْنِ. فَفِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ لَا يَجِبُ الْحَدُّ وَإِنْ قَالَ عَلِمْتُ أَنَّهَا عَلَيَّ حَرَامٌ.

الشرح:

(بَابُ الْوَطْءِ الَّذِي يُوجِبُ الْحَدَّ وَالَّذِي لَا يُوجِبُهُ): لَمَّا فَرَّغَ مِنْ بَيَانِ إِقَامَةِ الْحَدِّ شَرَعَ فِي بَيَانِ مَا يُوجِبُ الْحَدَّ وَمَا لَا يُوجِبُهُ، وَقَدْ ذَكَرْنَا تَعْرِيفَ الزَّنا فِي أَوَّلِ كِتَابِ الْحُدُودِ، وَذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ هَاهُنَا. وَاعْتَرَضَ بِأَنَّهُ غَيْرُ مُنْعَكِسٍ لِأَنَّ الزَّنا يَصْدُقُ فِي فِعْلِ الْمَرَأَةِ هَذَا الْفِعْلَ وَلِهَذَا لَا يُحَدُّ قَاضِفُهَا بِالزَّنا حَدَّ الْقَذْفِ، وَهَذَا التَّعْرِيفُ وَهُوَ قَوْلُهُ وَطْءُ

(١) قَالَ الزَّيْلَعِيُّ فِي نَصَبِ الرَّايَةِ (٥٠٨/٣): غَرِيبٌ هَذَا اللَّفْظُ.

الرَّجُلِ الْمَرْأَةَ فِي الْقُبْلِ فِي غَيْرِ الْمَلِكِ وَشُبْهَةِ الْمَلِكِ لَيْسَ بِصَادِقٍ عَلَيْهِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ هَذَا التَّعْرِيفَ إِنَّمَا هُوَ بِالنِّسْبَةِ لِلْأَصْلِ وَالْمَرْأَةُ تَدْخُلُ فِيهِ تَبَعًا لِمَا سَيَجِيءُ بَعْدَ هَذَا أَنَّ كُلَّ مَوْضِعٍ يَجِبُ فِيهِ الْحَدُّ عَلَى الرَّجُلِ يَجِبُ عَلَى الْمَرْأَةِ، وَكُلُّ مَوْضِعٍ لَا يَجِبُ فِيهِ عَلَى الرَّجُلِ لَا يَجِبُ عَلَى الْمَرْأَةِ.

فَإِنْ قُلْتَ: قَوْلُهُ لَأَنَّهُ فِعْلٌ مَحْظُورٌ تَعْلِيلٌ وَقَعَ فِي غَيْرِ مَحَلِّهِ لَأَنَّهُ فِي التَّصَوُّرَاتِ. قُلْتَ: التَّعْلِيلُ لَيْسَ لِإثْبَاتِ التَّعْرِيفِ وَإِنَّمَا هُوَ لِيَبَيِّنَ اعْتِبَارَهُمْ انْتِفَاءَ الشُّبْهَةِ فِي تَحْقِيقِ الزِّنَا. وَتَقْرِيرُ كَلَامِهِ أَنَّ مَا اعْتَبَرُوا أَنْ يَكُونَ فِي غَيْرِ شُبْهَةِ الْمَلِكِ لَأَنَّهُ فِعْلٌ مَحْظُورٌ يُوجِبُ الْحَدَّ فَيَعْتَبَرُ فِيهِ الْكَمَالُ، لِأَنَّ النَّاقِصَ ثَابِتٌ مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ فَلَا يُوجِبُ عُقُوبَةَ كَامِلَةٍ وَالْكَمَالُ فِي الْحَظَرِ عِنْدَ التَّعَرِّيِّ عَنِ الْمَلِكِ وَشُبْهَتِهِ (يُؤَيِّدُ ذَلِكَ قَوْلُهُ ﷺ: «ادْرَأُوا الْحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ» ثُمَّ الشُّبْهَةُ) وَهِيَ مَا يُشْبِهُ الثَّابِتَ وَلَيْسَ بِثَابِتٍ عَلَى مَا قَالُوا (نَوْعَانِ: شُبْهَةٌ فِي الْفِعْلِ وَتُسَمَّى شُبْهَةً اشْتِبَاهَ) أَيْ هِيَ شُبْهَةٌ فِي حَقٍّ مَنْ اشْتَبَهَ عَلَيْهِ وَلَيْسَتْ بِشُبْهَةٍ فِي حَقٍّ مَنْ لَمْ يَشْتَبِهْ عَلَيْهِ، حَتَّى لَوْ قَالَ عَلِمْتُ أَنَّهَا تَحْرُمُ عَلَيَّ حَدًّا (وَشُبْهَةٌ فِي الْمَحَلِّ وَتُسَمَّى شُبْهَةً حُكْمِيَّةً) وَتُسَمَّى شُبْهَةً مَلِكٍ أَيْضًا فَإِنَّهَا لَا تُوجِبُ الْحَدَّ.

وَإِنْ قَالَ عَلِمْتُ أَنَّهَا حَرَامٌ عَلَيَّ فَالْأُولَى تَتَحَقَّقُ فِي حَقٍّ مَنْ اشْتَبَهَ عَلَيْهِ لِأَنَّ مَعْنَاهُ أَنْ يَظُنَّ غَيْرَ الدَّلِيلِ دَلِيلًا) كَمَا إِذَا ظَنَّ أَنَّ جَارِيَةَ امْرَأَتِهِ تَحِلُّ لَهُ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْوَطْءَ نَوْعٌ اسْتِخْدَامٌ وَاسْتِخْدَامُ الْجَارِيَةِ يَحِلُّ فَكَذَا الْوَطْءُ فَيَكُونُ تَحَقُّقُهَا بِالنِّسْبَةِ إِلَى الظَّانِّ (وَالثَّانِيَةُ تَتَحَقَّقُ بَقِيَامِ الدَّلِيلِ النَّافِي لِلْحُرْمَةِ فِي ذَاتِهِ) لَكِنْ لَا يَكُونُ عَامِلًا لِمَانِعٍ انْتَصَلَ بِهَا (و) هَذِهِ (لَا تَتَوَقَّفُ عَلَى ظَنِّ الْجَانِيِ وَاعْتِقَادِهِ وَالْحَدُّ يَسْقُطُ بِالتَّوَعُّينِ) جَمِيعًا (لِلْإِطْلَاقِ الْحَدِيثِ) لَكِنْ فِي الْأُولَى عِنْدَ الظَّنِّ وَفِي الثَّانِيَةِ عَلَى كُلِّ تَقْدِيرٍ (وَالنِّسْبُ يَثْبُتُ فِي الثَّانِيِ) أَيْ فِي الْوَطْءِ الثَّانِيِ، وَقِيلَ أَيْ فِي الْمَذْكُورِ الثَّانِيِ، وَالْأُولَى أَنْ يُقَالَ فِي النَّوْعِ الثَّانِيِ (إِذَا ادَّعَى الْوَلَدَ وَلَا يَثْبُتُ فِي الْأَوَّلِ وَإِنْ ادَّعَاهُ لِأَنَّ الْفِعْلَ تَمَحُّصٌ) أَيْ خَلَصَ (زِنَا فِي) الشُّبْهَةِ (الْأُولَى وَإِنْ سَقَطَ الْحَدُّ لِأَمْرِ رَاجِعٍ إِلَيْهِ) أَيْ إِلَى الْوَاطِئِ. وَقِيلَ هَذَا لَيْسَ بِمُجَرَّى عَلَى عُمُومِهِ، فَإِنَّ الْمُطْلَقَةَ الثَّلَاثَ يَثْبُتُ فِيهَا التَّنَسُّبُ لِأَنَّ هَذَا وَطْءٌ فِي شُبْهَةِ الْعَقْدِ فَيَكْفِي لِإثْبَاتِ النَّسَبِ.

وَفِي الْإِبْصَاحِ: الْمُخْتَلَعَةُ وَالْمُطْلَقَةُ بَعِوضٌ يَنْبَغِي أَنْ تَكُونَ كَالْمُطْلَقَةِ ثَلَاثًا، وَعَدَّ

شُبْهَةُ الْفِعْلِ وَهِيَ فِي ثَمَانِيَةِ مَوَاضِعَ كَمَا ذَكَرَ، فَإِذَا قَالَ ظَنَنْتُ أَنَّهَا تَحِلُّ لِي فَلَا حَدَّ
لأنَّ الْإِنْسَانَ يَتَنَفَّعُ بِمَالِ هَؤُلَاءِ حَسَبَ انْتِفَاعِهِ بِمَالِ نَفْسِهِ فَكَانَ هَذَا ظَنًّا فِي مَوْضِعِ
الاشْتِبَاهِ فَيَمْتَنِعُ الْحَدُّ، وَإِنْ قَالَ الرَّجُلُ عَلِمْتُ أَنَّهَا حَرَامٌ عَلَيَّ وَقَالَتْ الْجَارِيَةُ ظَنَنْتُ أَنَّ
يَحِلُّ لِي لَا يُحَدُّ وَاحِدٌ مِنْهُمَا. أَمَّا الْمَرْأَةُ فَلَدَعَوَى الشُّبْهَةِ، وَأَمَّا الرَّجُلُ فَلأنَّ الزَّنا يَقُومُ
بِهِمَا، فَإِذَا سَقَطَ الْحَدُّ عَنِ الْمَرْأَةِ سَقَطَ عَنِ الرَّجُلِ لِمَكَانِ الشَّرِكَةِ عَلَى مَا سَيَجِيءُ.

فَإِنْ قِيلَ: مَا وَجْهُ الْاشْتِبَاهِ فِي الْمُطَلَّقةِ الثَّلَاثِ حَتَّى لَا يُحَدَّ إِذَا قَالَ ظَنَنْتُ أَنَّهَا
تَحِلُّ لِي. أُجِيبَ بِأَنَّ وَجْهَهُ بَقَاءُ بَعْضِ الْأَحْكَامِ بَعْدَ الطَّلَاقِ الثَّلَاثِ مِنَ التَّفَقُّةِ
وَالسُّكْنَى وَحُرْمَةِ نِكَاحِ الْأُخْتِ وَثُبُوتِ التَّسْبِيبِ حَتَّى لَوْ جَاءَتْ بِالْوَلَدِ يَثْبُتُ التَّسْبِيبُ إِلَى
سَتَتَيْنِ. فَإِنْ قِيلَ: يَبِينُ النَّاسِ اخْتِلَافٌ فِي أَنْ مَنْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثَلَاثًا هَلْ يَقَعُّ أَوْ لَا فَيَتَّبِعِي
أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ شُبْهَةً فِي إسْقَاطِ الْحَدِّ.

أُجِيبَ بِأَنَّهُ خِلَافٌ غَيْرُ مُعْتَدٍّ بِهِ حَتَّى لَوْ قَضَى بِهِ الْقَاضِي لَمْ يَنْفُذْ قَضَاؤُهُ، وَإِنَّمَا
قَيْدُ الطَّلَاقِ الْبَائِنِ بِالْمَالِ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَى مَالٍ فَوَطِئَهَا فِي الْعِدَّةِ فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ وَإِنْ
قَالَ عَلِمْتُ أَنَّهَا عَلَيَّ حَرَامٌ عَلَى مَا يَجِيءُ، وَشُبْهَةٌ أَمْ وَلَدَ أَعْتَقَهَا مَوْلَاهَا هِيَ مَا قُلْنَا فِي
الْمُطَلَّقةِ ثَلَاثًا وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ مِنْ قِيَامِ أَثَرِ الْفِرَاشِ فَكَانَ الظَّنُّ فِي مَوْضِعِ الْاشْتِبَاهِ، وَشُبْهَةٌ
الْعَبْدِ فِي جَارِيَةِ الْمَوْلَى الْإِسْطَاطُ يَدُ الْعَبْدِ فِي مَالِ مَوْلَاهُ وَالْجَارِيَةُ مِنْ مَالِهِ فَجَازَ أَنْ يَظُنَّ
حُلَّ الْإِسْطَاطِ فِيهَا بِالْوَطْءِ (وَالْجَارِيَةُ الْمَرْهُونَةُ فِي حَقِّ الْمُرْتَهِنِ فِي رِوَايَةِ كِتَابِ الْحُدُودِ)
يَعْنِي إِذَا قَالَ الْمُرْتَهِنُ ظَنَنْتُ أَنَّهَا تَحِلُّ لِي لَا يُحَدُّ، وَعَلَى رِوَايَةِ كِتَابِ الرَّهْنِ لَا يَجِبُ
الْحَدُّ سِوَاءَ ادَّعَى الظَّنَّ أَوْ لَمْ يَدَّعِ كَمَا فِي الْجَارِيَةِ الْمُشْتَرَكَةِ؛ لِأَنَّهُ وَطِئَ جَارِيَةَ انْعَقَدَ لَهُ
فِيهَا سَبَبُ الْمَلِكِ فَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْحَدُّ اشْتَبَهَ عَلَيْهِ أَوْ لَمْ يَشْتَبِهَ قِيَاسًا عَلَى مَا لَوْ وَطِئَ
جَارِيَةَ اشْتَرَاهَا عَلَى أَنَّ الْبَائِعَ بِالْخِيَارِ، وَإِنَّمَا قُلْنَا انْعَقَدَ لَهُ فِيهَا سَبَبُ الْمَلِكِ لِأَنَّهُ بِالْهَلَاكِ
يَصِيرُ مُسْتَوْفِيًا حَقَّهُ مِنْ وَقْتِ الرَّهْنِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ فَقَدْ انْعَقَدَ لَهُ فِيهَا سَبَبُ الْمَلِكِ
فِي الْحَالِ وَيَحْصُلُ حَقِيقَةُ الْمَلِكِ عِنْدَ الْهَلَاكِ.

وَوَجْهُ مَا ذَكَرَهُ فِي كِتَابِ الْحُدُودِ هُوَ أَنَّ عَقْدَ الرَّهْنِ عَقْدٌ لَا يُفِيدُ مِلْكَ الْمُنْعَةِ
بِحَالٍ فَقِيَامُهُ لَا يُورِثُ شُبْهَةٌ حُكْمِيَّةٌ قِيَاسًا عَلَى الْإِجَارَةِ فَإِنَّهَا لَا تُفِيدُ مِلْكَ الْمُنْعَةِ
بِحَالٍ، فَمَا أَوْرَثَ قِيَامُهَا فِي الْمَحَلِّ شُبْهَةٌ حُكْمِيَّةٌ وَعَلَى هَذَا كَانَ يَجِبُ عَلَيْهِ الْحَدُّ اشْتَبَهَ

أَوْ لَمْ يَشْتَبِهْ كَمَا فِي الْجَارِيَةِ الْمُسْتَأْجَرَةِ لِلْخِدْمَةِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَجِبُ إِذَا اشْتَبَهَ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ مَوْضِعُ اشْتِبَاهٍ لِأَنَّ مِلْكَ الْمَالِ فِي الْجُمْلَةِ سَبَبٌ لِمِلْكَ الْمُتْعَةِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ سَبَبًا فِي الرَّهْنِ وَقَدْ انْعَقَدَ لَهُ سَبَبٌ مِلْكَ فِي حَقِّ الْمَالِ فَيَشْتَبِهُ أَنَّهُ هَلْ يَثْبُتُ لَهُ بِهَذَا الْقَدْرِ مِلْكَ الْمُتْعَةِ أَوْ لَا، بِخِلَافِ الْإِجَارَةِ فَإِنَّ الثَّابِتَ بِهَا مِلْكَ الْمُنْفَعَةِ وَلَا يُتَصَوَّرُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ سَبَبَ مِلْكَ الْمُتْعَةِ بِحَالٍ فَقَدْ اشْتَبَهَ عَلَيْهِ مَا لَا يَشْتَبِهُ، وَبِخِلَافِ الْبَيْعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يُفِيدُ الْمِلْكَ حَالَ قِيَامِ الْجَارِيَةِ وَمِلْكَ الْمَالِ حَالَ قِيَامِ الْجَارِيَةِ سَبَبٌ لِمِلْكَ الْمُتْعَةِ فَقَدْ انْعَقَدَ لَهُ سَبَبُ مِلْكَ الْمُتْعَةِ، وَهَاهُنَا إِنَّمَا يَمْلِكُ مَالِيَّةُ الْمَرْهُونِ عِنْدَ الْهَلَاكِ وَمِلْكَ الْمَالِ بَعْدَ الْهَلَاكِ لَا يُفِيدُ مِلْكَ الْمُتْعَةِ فِي حَالٍ مِنَ الْأَحْوَالِ فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ مِلْكَ الْمُنْفَعَةِ.

ثُمَّ عَدَّ الشُّبْهَةَ فِي الْمَحَلِّ وَهِيَ فِي سِتَّةِ مَوَاضِعَ عَلَى مَا ذَكَرَهَا (جَارِيَةُ ابْنِهِ) لِقِيَامِ الْمُقْتَضَى لِلْمِلْكِ وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أَلْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ»^(١) (وَالْمُطْلَقَةُ طَلَاقًا بَائِنًا بِالْكِتَابَاتِ) لاختلاف الصحابة في كونها رجعية أو بائية (وَالْجَارِيَةُ الْمَبِيعَةُ فِي حَقِّ الْبَائِعِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ) لِأَنَّ الْيَدَ الَّتِي كَانَ بِهَا مُتَسَلِّطًا عَلَى الْوِطْءِ بَاقِيَةً بَعْدَ فَصَارَتْ شُبْهَةً فِي الْمَحَلِّ (وَالْمَرْهُورَةُ فِي حَقِّ الزَّوْجِ قَبْلَ الْقَبْضِ) لِقِيَامِ مِلْكِ الْيَدِ (وَالْمُشْتَرَكَةُ) لِقِيَامِ الْمِلْكِ فِي النِّصْفِ (وَالْمَرْهُورَةُ فِي حَقِّ الْمُرْتَهِنِ فِي رِوَايَةِ كِتَابِ الرَّهْنِ) وَقَدْ ذَكَرْنَا وَجْهَهُ (فَفِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ لَا يُحَدُّ) بِكُلِّ تَقْدِيرٍ، وَهَذَانِ التَّوَعَّانِ مِنَ الشُّبْهَةِ هُوَ مَا كَانَ رَاجِعًا إِلَى الْفَاعِلِ وَالْقَائِلِ.

ثُمَّ الشُّبْهَةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَثْبُتُ بِالْعَقْدِ وَإِنْ كَانَ مُتَّفَقًا عَلَى تَحْرِيمِهِ وَهُوَ عَالِمٌ بِهِ، وَعِنْدَ الْبَاقِينَ لَا تَثْبُتُ إِذَا عَلِمَ بِتَحْرِيمِهِ، وَيُظْهَرُ ذَلِكَ فِي نِكَاحِ الْمَحَارِمِ عَلَى مَا يَأْتِيكَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، إِذَا عَرَفْنَا هَذَا.

الشرح:

وَتَمَّ شُبْهَةٌ أُخْرَى وَهِيَ الَّتِي تَثْبُتُ بِالْعَقْدِ فَإِنَّهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ تَثْبُتُ بِهِ سَوَاءً كَانَ الْعَقْدُ حَلَالًا أَوْ حَرَامًا مُتَّفَقًا عَلَيْهِ أَوْ مُخْتَلَفًا فِيهِ، وَسَوَاءً كَانَ الْوَاطِئُ عَالِمًا بِالْحُرْمَةِ أَوْ جَاهِلًا بِهَا (وَعِنْدَ الْعُلَمَاءِ الْبَاقِينَ لَا تَثْبُتُ إِذَا عَلِمَ بِتَحْرِيمِهِ، وَيُظْهَرُ ذَلِكَ فِي نِكَاحِ

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٢٩١) عن جابر والحديث روي عن عدة من الصحابة، وانظر نصب الراية

الْمَحَارِمِ عَلَى مَا يَأْتِيكَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. إِذَا عَرَفْنَا هَذَا) أَيُّ هَذَا الَّذِي ذَكَرْنَا مِنْ بَيَانِ نَوْعِي الشُّبْهَةِ سَهْلٌ تَخْرِيجُ الْفُرُوعِ عَلَى ذَلِكَ وَهُوَ وَاضِحٌ مِمَّا ذَكَرْنَاهُ.

(وَمَنْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثَلَاثًا ثُمَّ وَطَّئَهَا فِي الْعِدَّةِ وَقَالَ عَلِمْتُ أَنَّهَا عَلَيَّ حَرَامٌ حُدٌّ لَزَوَالِ الْمَلِكِ الْمُحَلَّلِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ فَتَكُونُ الشُّبْهَةُ مُنْتَفِيَةً وَقَدْ نَطَقَ الْكِتَابُ بِإِنْتِفَاءِ الْحِلِّ وَعَلَى ذَلِكَ الْإِجْمَاعُ، وَلَا يُعْتَبَرُ قَوْلُ الْمُخَالَفِ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ خِلَافٌ لَا اخْتِلَافَ، وَلَوْ قَالَ: ظَنَنْتُ أَنَّهَا تَحِلُّ لِي لَا يُحَدُّ لِأَنَّ الظَّنَّ فِي مَوْضِعِهِ لِأَنَّ أَثَرَ الْمَلِكِ قَائِمٌ فِي حَقِّ النَّسَبِ وَالْحَبْسِ وَالنَّفَقَةِ فَاعْتَبِرَ ظَنُّهُ فِي إِسْقَاطِ الْحُدِّ، وَأَمُّ الْوَلَدِ إِذَا أَعْتَقَهَا مَوْلَاهَا وَالْمُخْتَلَعَةُ وَالْمُطَلَّعَةُ عَلَى مَالٍ بِمَنْزِلَةِ الْمُطَلَّعَةِ الثَّلَاثِ لثُبُوتِ الْحُرْمَةِ بِالْإِجْمَاعِ وَقِيَامِ بَعْضِ الْأَثَارِ فِي الْعِدَّةِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَقَدْ نَطَقَ الْكِتَابُ) يَعْنِي قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ﴾ [البقرة: ٢٣٠] وَقَوْلُهُ (وَلَا يُعْتَبَرُ قَوْلُ الْمُخَالَفِ فِيهِ) يُرِيدُ بِهِ قَوْلَ الزَّيْدِيَّةِ وَالْإِمَامِيَّةِ، فَإِنَّ الزَّيْدِيَّةَ تَقُولُ إِذَا طَلَّقَهَا ثَلَاثًا جُمْلَةً لَا يَفْعُ إِلَّا وَاحِدَةً، وَالْإِمَامِيَّةُ تَقُولُ إِنَّهُ لَا يَفْعُ شَيْءٌ أَصْلًا لِكَوْنِهِ خِلَافَ السُّنَّةِ، وَيَزْعُمُونَ أَنَّهُ قَوْلُ عَلِيٍّ ﷺ (لَأَنَّهُ خِلَافٌ لَا اخْتِلَافَ) وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الْاِخْتِلَافَ أَنْ يَكُونَ الطَّرِيقُ مُخْتَلِفًا وَالْمَقْصِدُ وَاحِدًا، وَالْخِلَافُ أَنْ يَكُونَ كِلَاهُمَا مُخْتَلِفًا.

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ قَالَ ظَنَنْتُ أَهْلًا تَحِلُّ لِي) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (فِي حَقِّ النَّسَبِ) يَعْنِي النَّسَبَ بِاعْتِبَارِ الْعُلُوقِ السَّابِقِ عَلَى الطَّلَاقِ لَا النَّسَبَ بِهَذَا الْوَطْءِ فَإِنَّهُ لَا يَثْبُتُ.

(وَلَوْ قَالَ لَهَا: أَنْتِ خَلِيَّةٌ أَوْ بَرِيَّةٌ أَوْ أَمْرُكَ بِيَدِكَ فَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا ثُمَّ وَطَّئَهَا فِي الْعِدَّةِ وَقَالَ: عَلِمْتُ أَنَّهَا عَلَيَّ حَرَامٌ لَمْ يُحَدِّ) لِاخْتِلَافِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ فِيهِ؛ فَمِنْ مَذْهَبِ عُمَرَ أَنَّهَا تَطْلِيقَةٌ رَجْعِيَّةٌ، وَكَذَا الْجَوَابُ فِي سَائِرِ الْجَنَائِيَّاتِ وَكَذَا إِذَا نَوَى ثَلَاثًا لِقِيَامِ الْاِخْتِلَافِ مَعَ ذَلِكَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَكَذَا إِذَا نَوَى ثَلَاثًا لِقِيَامِ الْاِخْتِلَافِ مَعَ ذَلِكَ) أَيُّ كَذَلِكَ الْحُكْمُ إِذَا نَوَى مِنْ أَلْفَاظِ الْكِنَايَةِ ثَلَاثًا ثُمَّ وَطَّئَهَا فِي الْعِدَّةِ لَا يُحَدُّ وَإِنْ قَالَ عَلِمْتُ أَنَّهَا عَلَيَّ حَرَامٌ لِأَنَّ اخْتِلَافَ الصَّحَابَةِ لَا يَرْتَفِعُ بَيْنَهُ الثَّلَاثُ فَكَانَتْ الشُّبْهَةُ قَائِمَةً فَلَا يَجِبُ الْحُدُّ.

(وَلَا حَدَّ عَلَى مَنْ وَطِئَ جَارِيَةً وَلَدِهِ وَوَلَدَ وَلَدِهِ وَإِنْ قَالَ: عَلِمْتُ أَنَّهَا عَلَيَّ حَرَامٌ) لَأَنَّ الشُّبْهَةَ حُكْمِيَّةٌ لِأَنَّهَا نَشَأَتْ عَنْ دَلِيلٍ وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أَنْتِ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ» وَالْأُبُوَّةُ قَائِمَةٌ فِي حَقِّ الْجَدِّ. قَالَ (وَيَتَبَيَّنُ النَّسَبُ مِنْهُ وَعَلَيْهِ قِيَمَةُ الْجَارِيَةِ) وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا حَدَّ عَلَى مَنْ وَطِئَ جَارِيَةً وَلَدَهُ وَوَلَدَ وَلَدِهِ) يَعْنِي وَإِنْ كَانَ وَلَدُهُ حَيًّا، وَقَدْ يُشِيرُ إِلَى ذَلِكَ تَعْلِيلُ الْكِتَابِ وَهُوَ قَوْلُهُ وَالْأُبُوَّةُ قَائِمَةٌ فِي حَقِّ الْجَدِّ. وَقَوْلُهُ (وَقَدْ ذَكَرْتَاهُ) أَيُّ فِي بَابِ نِكَاحِ الرَّقِيقِ.

(وَإِذَا وَطِئَ جَارِيَةَ أَبِيهِ أَوْ أُمِّهِ أَوْ زَوْجَتِهِ وَقَالَ ظَنَنْتُ أَنَّهَا تَحِلُّ لِي فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ وَلَا عَلَى قَاضِيهِ، وَإِنْ قَالَ: عَلِمْتُ أَنَّهَا عَلَيَّ حَرَامٌ حَدٌّ، وَكَذَا الْعَبْدُ إِذَا وَطِئَ جَارِيَةَ مَوْلَاهُ) لَأَنَّ بَيْنَ هَؤُلَاءِ انْبِسَاطًا فِي الانْتِفَاعِ فَظَنُّهُ فِي الْاِسْتِمَاعِ فَكَانَ شُبْهَةً اشْتِبَاهٍ إِلَّا أَنَّهُ زِنَا حَقِيقَةٌ فَلَا يُحَدُّ قَاضِيَهُ، وَكَذَا إِذَا قَالَتِ الْجَارِيَةُ: ظَنَنْتُ أَنَّهُ يَحِلُّ لِي وَالْفَحْلُ لَمْ يَدْعُ فِي الظَّاهِرِ لَأَنَّ الْفِعْلَ وَاحِدٌ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَكَذَا إِذَا قَالَتِ الْجَارِيَةُ) مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ وَقَالَ ظَنَنْتُ أَنَّهَا تَحِلُّ لِي وَقَدْ قَدْ مَنَاهُ. وَقَوْلُهُ (فِي الظَّاهِرِ) يَتَعَلَّقُ بِقَوْلِهِ وَكَذَا أَيُّ لَا حَدَّ عَلَى الْعَبْدِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ (لَأَنَّ الْفِعْلَ وَاحِدٌ) فَوُرُودُ الشُّبْهَةِ فِي أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ يَكْفِي لِإِسْقَاطِ الْحَدِّ عَنْ الْآخَرِ. فَإِنْ قِيلَ: يُشْكَلُ هَذَا بِمَا إِذَا زَنَى الْبَالِغُ بِصَبِيَّةٍ حَيْثُ يَجِبُ الْحَدُّ عَلَى الْبَالِغِ دُونَ الصَّبِيِّ مَعَ أَنَّ الْفِعْلَ هُنَاكَ أَيْضًا وَاحِدٌ. أُجِيبَ بِأَنَّ سُقُوطَ الْحَدِّ فِي جَانِبِ الصَّبِيِّ لَمْ يَكُنْ بِاعْتِبَارِ الشُّبْهَةِ بَلْ بِاعْتِبَارِ عَدَمِ الْأَهْلِيَّةِ لِلْعُقُوبَاتِ وَكَلَامُنَا فِيمَا إِذَا تَمَكَّنْتَ فِي فِعْلٍ وَاحِدٍ مِنْ أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ شُبْهَةٌ فَإِنَّ ذَلِكَ يُؤَثِّرُ فِي الْجَانِبِ الْآخَرَ.

(وَإِنْ وَطِئَ جَارِيَةَ أَخِيهِ أَوْ عَمِّهِ وَقَالَ: ظَنَنْتُ أَنَّهَا تَحِلُّ لِي حَدٌّ) لِأَنَّهُ لَا انْبِسَاطَ فِي الْمَالِ فِيمَا بَيْنَهُمَا وَكَذَا سَائِرُ الْمَحَارِمِ سِوَى الْوَلَادِ لَمَّا بَيَّنَّا.

الشرح:

(وَإِنْ وَطِئَ جَارِيَةَ أَخِيهِ أَوْ عَمِّهِ وَقَالَ ظَنَنْتُ أَنَّهَا تَحِلُّ لِي حَدٌّ) لِأَنَّهُ لَا انْبِسَاطَ

فِي الْمَالِ فِيمَا يَتْنَهُمَا وَكَذَا سَائِرُ الْمَحَارِمِ سِوَى الْوِلَادِ لَمَّا يَتَنَّا) يَعْنِي قَوْلُهُ لَا انْبِسَاطَ فِي الْمَالِ فِيمَا يَتْنَهُمَا. فَإِنْ قِيلَ: لَمْ يَجْعَلْ هَذَا كَالسَّرِقَةِ يَعْنِي إِذَا سَرَقَ مَالُ أَخُوهُ أَوْ أُخْتِهِ لَا يَقْطَعُ. أُجِيبَ بِأَنَّ بَعْضَهُمْ هُنَاكَ يَدْخُلُ يَتْنُ بَعْضٍ مِنْ غَيْرِ اسْتِثْنَانٍ وَلَا حِشْمَةٍ فَلَمْ يَتَحَقَّقْ هُنَاكَ الْحَرْزُ وَالْقَطْعُ دَائِرٌ مَعَ هَتِكَ الْحَرْزِ، وَأَمَّا هُنَا فَالْحِلُّ دَائِرٌ مَعَ الْمَلِكِ أَوْ الْعَقْدِ وَلَمْ يُوَجَدْ الْمَلِكُ وَلَا شُبْهَتُهُ وَلَا الْعَقْدُ فَيَجِبُ الْحَدُّ.

(وَمَنْ زُفَّتْ إِلَيْهِ غَيْرُ امْرَأَتِهِ وَقَالَتِ النِّسَاءُ: إِنَّهَا زَوْجَتُكَ فَوَطِئَهَا لَا حَدَّ عَلَيْهِ وَعَلَيْهِ الْمَهْرُ) قَضَى بِذَلِكَ عَلَيَّ ﷺ وَبِالْعِدَّةِ، وَلَأَنَّهُ اعْتَمَدَ دَلِيلًا وَهُوَ الْإِخْبَارُ فِي مَوْضِعِ الْاِسْتِبَاهِ، إِذَا الْإِنْسَانُ لَا يُمَيِّزُ بَيْنَ امْرَأَتِهِ وَبَيْنَ غَيْرِهَا فِي أَوَّلِ الْوَهْلَةِ فَصَارَ كَالْمَغْرُورِ، وَلَا يُحَدُّ قَاضِيَهُ إِلَّا فِي رِوَايَةٍ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّ الْمَلِكَ مُنْعَدِمٌ حَقِيقَةً

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ زُفَّتْ إِلَيْهِ غَيْرُ امْرَأَتِهِ) هَذَا مِنْ بَابِ الشُّبْهَةِ فِي الْمَحَلِّ لِأَنَّ الْفِعْلَ صَدَرَ مِنْهُ بِنَاءً عَلَى دَلِيلٍ أَطْلَقَ الشَّرْعُ لَهُ الْعَمَلَ بِهِ وَهُوَ الْإِخْبَارُ بِأَنَّهَا امْرَأَتُهُ فَجَعَلَ الْمَلِكُ كَالثَّابِتِ لِدَفْعِ ضَرَرِ الْغُرُورِ كَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً فَوَطِئَهَا ثُمَّ أُسْتُحِقَّتْ أُعْتَبِرَ الْمَلِكُ كَالثَّابِتِ لِدَفْعِ الْغُرُورِ كَذَلِكَ هَاهُنَا، وَلِهَذَا إِذَا جَاءَتْ بِوَلَدٍ يَثْبُتُ النَّسَبُ، وَلَوْ كَانَتْ الشُّبْهَةُ فِي الْفِعْلِ لَمَّا ثَبَتَ وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. قَوْلُهُ (وَلَا يُحَدُّ قَاضِيَهُ إِلَّا فِي رِوَايَةٍ عَنْ أَبِي يُوسُفَ) يَعْنِي أَنَّهُ يَقُولُ فِيهَا إِنَّ إِحْصَانَهُ لَمْ يَسْقُطْ بِهَذَا الْفِعْلِ لِأَنَّهُ بَنَى الْحُكْمَ عَلَى الظَّاهِرِ فَقَدْ كَانَ هَذَا الْوَطْءُ حَلَالًا فِي الظَّاهِرِ فَلَا يَسْقُطُ بِهِ إِحْصَانُهُ. وَوَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ الْمَلِكَ مُنْعَدِمٌ حَقِيقَةً فَلَمْ يَبْقَ الظَّاهِرُ إِلَّا شُبْهَةٌ وَبِهَا يَسْقُطُ الْحَدُّ وَلَا يُقَامُ الْحَدُّ عَلَى قَاضِيهِ. (وَمَنْ وَجَدَ امْرَأَةً عَلَى فِرَاشِهِ فَوَطِئَهَا فَعَلَيْهِ الْحَدُّ) لِأَنَّهُ لَا اِسْتِبَاهَ بَعْدَ طُولِ الصُّحْبَةِ فَلَمْ يَكُنِ الظَّنُّ مُسْتَتِدًّا إِلَى دَلِيلٍ، وَهَذَا لِأَنَّهُ قَدْ يَنَامُ عَلَى فِرَاشِهَا غَيْرُهَا مِنْ الْمَحَارِمِ الَّتِي فِي بَيْتِهَا، وَكَذَا إِذَا كَانَ أَعْمَى لِأَنَّهُ يُمَكِّنُهُ التَّمْيِيزُ بِالسُّؤَالِ وَغَيْرِهِ، إِلَّا إِنْ كَانَ دَعَاها فَأَجَابَتْهُ أَجَنَبِيَّةٌ وَقَالَتْ: أَنَا زَوْجَتُكَ فَوَاقَعَهَا لِأَنَّ الْإِخْبَارَ دَلِيلٌ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ قَدْ يَنَامُ عَلَى فِرَاشِهَا غَيْرُهَا مِنْ الْمَحَارِمِ الَّتِي فِي بَيْتِهَا) يَعْنِي فَلَا يَصْلُحُ مُجَرَّدُ التَّوَمُّ عَلَى فِرَاشِهَا دَلِيلًا شَرْعِيًّا فَكَانَ مُقْصَرًّا فَيَجِبُ الْحَدُّ. وَإِنَّمَا قَالَ

(وَقَالَتْ أَنَا زَوْجُكَ) لَأَنَّهُ إِذَا أَجَابَتْ بِالْفِعْلِ وَلَمْ تَقُلْ ذَلِكَ فَوَاقَعَهَا وَجَبَ عَلَيْهِ الْحَدُّ كَذَا فِي الْإِيضَاحِ

(وَمَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً لَا يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُهَا فَوَطَّئَهَا لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْحَدُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَلَكِنْ يُوجَعُ عُقُوبَةٌ إِذَا كَانَ عَلِمَ بِذَلِكَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ وَالشَّافِعِيُّ: عَلَيْهِ الْحَدُّ إِذَا كَانَ عَالِمًا بِذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ لَمْ يُصَادَفْ مَحَلُّهُ فَيَلْغُو كَمَا إِذَا أَضِيفَ إِلَى الذُّكُورِ، وَهَذَا لِأَنَّ مَحَلَّ التَّصَرُّفِ مَا يَكُونُ مَحَلًّا لِحُكْمِهِ، وَحُكْمُهُ الْحِلُّ وَهِيَ مِنَ الْمُحَرَّمَاتِ. وَأَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْعَقْدَ صَادَفَ مَحَلَّهُ لِأَنَّ مَحَلَّ التَّصَرُّفِ مَا يَقْبَلُ مَقْصُودَهُ، وَالْأُنْثَى مِنْ بَنَاتِ آدَمَ قَابِلَةٌ لِلتَّوَالِدِ وَهُوَ الْمَقْصُودُ، وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَنْعَقِدَ فِي جَمِيعِ الْأَحْكَامِ إِلَّا أَنَّهُ تَقَاعَدَ عَنْ إِفَادَةِ حَقِيقَةِ الْحِلِّ فَيُورِثُ الشُّبْهَةَ لِأَنَّ الشُّبْهَةَ مَا يُشَبِّهُ الثَّابِتَ لَا نَفْسَ الثَّابِتِ، إِلَّا أَنَّهُ ارْتَكَبَ جَرِيمَةً وَلَيْسَ فِيهَا حَدٌّ مُقَدَّرٌ فَيَعْزُرُ.

الشرح:

(وَمَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً لَا يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُهَا فَوَطَّئَهَا لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْحَدُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَلَكِنْ يُوجَعُ عُقُوبَةٌ إِذَا كَانَ عَلِمَ بِذَلِكَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ وَالشَّافِعِيُّ: يَجِبُ عَلَيْهِ الْحَدُّ إِذَا كَانَ عَلِمَ بِذَلِكَ لِأَنَّ هَذَا عَقْدٌ لَمْ يُصَادَفْ مَحَلُّهُ) وَكُلُّ عَقْدٍ لَمْ يُصَادَفْ مَحَلُّهُ يَلْغُو (كَمَا إِذَا أَضِيفَ إِلَى الذُّكُورِ) قَوْلُهُ (وَهَذَا لِأَنَّ مَحَلَّ التَّصَرُّفِ) بَيَانٌ لِقَوْلِهِ عَقْدٌ لَمْ يُصَادَفْ مَحَلُّهُ لِأَنَّ مَحَلَّ التَّصَرُّفِ (مَا يَكُونُ مَحَلًّا لِحُكْمِهِ) وَهَذَا الْمَحَلُّ لَيْسَ مَحَلًّا لِحُكْمِهِ (لِأَنَّ حُكْمَهُ الْحِلُّ وَهِيَ مِنَ الْمُحَرَّمَاتِ. وَأَبُو حَنِيفَةَ أَنَّ الْعَقْدَ صَادَفَ مَحَلَّهُ لِأَنَّ مَحَلَّ التَّصَرُّفِ مَا يَكُونُ قَابِلًا لِمَقْصُودِهِ) وَهُوَ التَّوَالِدُ هَاهُنَا (وَبَنَاتُ آدَمَ قَابِلَةٌ لِذَلِكَ) قَوْلُهُ وَهَذَا الْمَحَلُّ لَيْسَ مَحَلًّا لِحُكْمِهِ.

قُلْنَا: لَيْسَ مَحَلًّا لِحُكْمِهِ أَصْلًا أَوْ فِي وَقْتٍ دُونَ وَقْتٍ، وَالْأَوَّلُ مَشْنُوعٌ لِأَنَّهُ كَانَ مَحَلًّا لَهُ فِي شَرِيعَةٍ مِنْ قَبْلِنَا. وَالثَّانِي مُسَلَّمٌ، وَلَكِنْ كَوْنُهُ مَحَلًّا فِي الْجُمْلَةِ لَمْ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ شُبْهَةً فِي دَرَجَةِ الْحَدِّ فَإِنَّ الْفِعْلَ لَمْ يَقَعْ زِنًا لَا لُغَةً وَلَا عُرْفًا، فَإِنَّ أَهْلَ اللُّغَةِ لَا يَفْصِلُونَ بَيْنَ الزِّنَا وَغَيْرِهِ إِلَّا بِالْعَقْدِ وَالْفَرْضِ وَجُودِهِ، وَأَوْلَادُ أَهْلِ الذِّمَّةِ مِنْ مُحَارِمِهِمْ لَا تُنْسَبُ إِلَى الزِّنَا فِي الْعُرْفِ وَهُمْ يُقْرَوْنَ عَلَى نِكَاحِ الْمُحَارِمِ وَلَا يُقْرَوْنَ عَلَى الزِّنَا بَلْ يُحَدِّثُونَ عَلَيْهِ (و) إِذَا ثَبَتَ أَنَّ الْعَقْدَ صَادَفَ مَحَلَّهُ (كَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَنْعَقِدَ فِي حَقِّ جَمِيعِ

الْأَحْكَامِ إِلَّا أَنَّهُ تُقَاعَدُ عَنْ إِفَادَةِ حَقِيقَةِ الْحِلِّ بِتَحْرِيمِ الشَّرْعِ فِي دِينِنَا (فَيُورِثُ الشُّبْهَةَ لِأَنَّ الشُّبْهَةَ مَا يُشَبُّهُ الثَّابِتَ وَلَيْسَ بِثَابِتٍ إِلَّا أَنَّهُ ارْتَكَبَ جَرِيمَةً وَلَيْسَ فِيهَا حَدٌّ مُقَدَّرٌ فَيَعْزُرُ).

(وَمَنْ وَطِئَ أَجْنَبِيَّةً فِيمَا دُونَ الْفَرْجِ يُعْزَرُ) لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ لَيْسَ فِيهِ شَيْءٌ مُقَدَّرٌ

الشرح:

قَوْلُهُ (وَمَنْ وَطِئَ أَجْنَبِيَّةً فِيمَا دُونَ الْفَرْجِ) أَيِّ فِي غَيْرِ السَّبِيلَيْنِ كَالْتَفْحِيزِ وَالتَّبْطِينِ (عَزَرَ لِأَنَّهُ فَعَلَ مُنْكَرٌ لَيْسَ فِيهِ شَيْءٌ مُقَدَّرٌ)

(وَمَنْ أَتَى امْرَأَةً فِي الْمَوْضِعِ الْمَكْرُوهِ أَوْ عَمِلَ عَمَلٍ قَوْمٍ لُوطٍ فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَيُعْزَرُ، وَزَادَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَيُودَعُ فِي السَّجْنِ، وَقَالَا: هُوَ كَالزَّانَا فَيَحْدُ) وَهُوَ أَحَدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ، وَقَالَ فِي قَوْلٍ يَقْتُلَانِ بِكُلِّ حَالٍ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أَقْتُلُوا الْفَاعِلَ وَالْمَفْعُولَ بِهِ»^(١) وَيُرْوَى: «فَارْجُمُوا الْأَعْلَى وَالْأَسْفَلَ»^(٢) وَلَهُمَا أَنَّهُ فِي مَعْنَى الزَّانَا لِأَنَّهُ قَضَاءُ الشَّهْوَةِ فِي مَحَلٍّ مُشْتَهَى عَلَى سَبِيلِ الْكَمَالِ عَلَى وَجْهِ تَمَحُّصٍ حَرَامًا لِقَصْدِ سَفْعِ الْمَاءِ. وَلَهُ أَنَّهُ لَيْسَ بِزَنًا لِاخْتِلَافِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ فِي مُوجِبِهِ مِنَ الْإِحْرَاقِ بِالنَّارِ وَهَدْمِ الْحِدَارِ وَالتَّنْكِيسِ مِنْ مَكَانٍ مُرْتَفِعٍ بِاتِّبَاعِ الْأَحْبَارِ وَغَيْرِ ذَلِكَ، وَلَا هُوَ فِي مَعْنَى الزَّانَا لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ إِضَاعَةُ الْوَلَدِ وَاشْتِبَاهُ الْأَنْسَابِ، وَكَذَا هُوَ أُنْدَرُ وَقُوْعًا لِانْعِدَامِ الدَّاعِي مِنْ أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ وَالدَّاعِي إِلَى الزَّانَا مِنَ الْجَانِبَيْنِ. وَمَا رَوَاهُ مُحْمُولٌ عَلَى السِّيَاسَةِ أَوْ عَلَى الْمُسْتَحِيلِ إِلَّا أَنَّهُ يُعْزَرُ عِنْدَهُ لَمَّا بَيَّنَّاهُ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَمَنْ أَتَى امْرَأَةً) قِيلَ يُرِيدُ أَجْنَبِيَّةً لِأَنَّهُ إِذَا أَتَى امْرَأَتَهُ أَوْ مَمْلُوكَتَهُ (فِي الْمَوْضِعِ الْمَكْرُوهِ) أَيُّ الدُّبْرِ لَا يُحْدُ حَدٌّ الزَّانَا عِنْدَهُمَا أَيْضًا وَإِنْ كَانَ مُحْرَمًا عَلَيْهِ، وَبِهِ صَرَحَ فِي الزِّيَادَاتِ لِأَنَّ مِنَ النَّاسِ مَنْ يَسْتَحِلُّهُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿إِلَّا عَلَى أَرْوَاحِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾ [المعارج: ٣٠] مِنْ غَيْرِ فَضْلٍ بَيْنَ مَحَلٍّ وَمَحَلٍّ (أَوْ عَمِلَ عَمَلٌ قَوْمٍ

(١) أخرجه أبو داود (٤٤٦٢)، والترمذي (١٤٥٦)، وابن ماجه (٢٥٦١) عن ابن عباس، وانظر نصب الرأية (٥١٦/٣).

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢٥٦٢)، وانظر نصب الرأية (٥١٨/٣).

لُوطٍ فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَيُعَزَّرُ. وَزَادَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَيُودَعُ فِي السَّجْنِ، وَقَالَا: هُوَ كَالزُّنَا فَيُحَدُّ حَدَّ الزُّنَا جَلْدًا إِنْ كَانَ غَيْرَ مُحْصَنٍ وَرَجْمًا إِنْ كَانَ مُحْصَنًا (وَهُوَ أَحَدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَقَالَ فِي قَوْلٍ آخَرَ: يُقْتَلَانِ بِكُلِّ حَالٍ) أَيْ سَوَاءً كَانَا مُحْصَنَيْنِ أَوْ لَمْ يَكُونَا (لِقَوْلِهِ ﷺ: «أُقْتُلُوا الْفَاعِلَ وَالْمَفْعُولَ» وَيُرَوَّى «فَارْجُمُوا الْأَعْلَى وَالْأَسْفَلَ» وَلَهُمَا أَنَّهُ) أَيْ اللُّوَاطُ (فِي مَعْنَى الزُّنَا) وَقِيلَ أَيْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْعَمَلِ فِي الْمَوْضِعِ الْمَكْرُوهِ وَفِعْلُ اللُّوَاطِ.

وَفِي بَعْضِ النُّسخ: إِنَّهُمَا فِي مَعْنَى الزُّنَا (لَأَنَّهُ قَضَاءُ الشَّهْوَةِ فِي مَحَلٍّ مُشْتَهَى عَلَى سَبِيلِ الْكَمَالِ عَلَى وَجْهِ تَمَحُّضٍ حَرَامًا لِقَصْدِ سَفْحِ الْمَاءِ وَهُوَ مَنَاطُ الْحَدِّ فِي الزُّنَا) فَيَلْحَقُ بِهِ اللُّوَاطُ فِي الدَّلَالَةِ لَا بِالْقِيَاسِ، لِأَنَّ الْقِيَاسَ لَا يَدْخُلُ فِيمَا يُدْرَأُ بِالشَّبَهَاتِ (وَلَهُ أَنَّهُ لَيْسَ بَزْنًا لِاخْتِلَافِ الصَّحَابَةِ فِي مُوجِبِهِ مِنَ الْإِحْرَاقِ بِالنَّارِ وَهَذَا الْجِدَارِ عَلَيْهِ وَالتَّنْكِيسِ مِنْ مَكَانٍ مُرْتَفِعٍ بِإِثْبَاعِ الْأَحْجَارِ وَغَيْرِ ذَلِكَ) مِنْ الْحَبْسِ فِي أَتْنِ الْمَوَاضِعِ حَتَّى يَمُوتَا وَلَمْ يَخْتَلَفُوا فِي مُوجِبِ الزُّنَا فَدَلَّ عَلَى أَنَّهُ لَيْسَ بَزْنًا (وَلَا هُوَ فِي مَعْنَى الزُّنَا لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ إِضَاعَةُ الْوَلَدِ وَاشْتِبَاهُ الْأَنْسَابِ) بِخِلَافِ الزُّنَا (وَكَذَا هُوَ أُنْذِرُ وَقُوْعًا) مِنْ الزُّنَا (لِإِعْدَامِ الدَّاعِي فِي أَحَدِ الْجَانَيْنِ) يَعْنِي عَلَى مَا هُوَ الْجِيلَةُ السَّلِيمَةُ (وَالدَّاعِي إِلَى الزُّنَا مِنَ الْجَانَيْنِ) وَإِذَا لَمْ يَكُنْ فِي مَعْنَاهُ لَا يُلْحَقُ بِهِ دَلَالَةُ بَقِي الْقِيَاسِ وَالْقِيَاسُ فِي مِثْلِهِ بَاطِلٌ (وَمَا رَوَاهُ) مِنْ قَتْلِهِمَا أَوْ رَجْمِهِمَا (مَحْمُولٌ عَلَى السِّيَاسَةِ أَوْ عَلَى الْمُسْتَحِلِّ) لِلْكَفْرِ بِذَلِكَ (إِلَّا أَنَّهُ يُعَزَّرُ عِنْدَهُ) أَيْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ (لَمَّا بَيَّنَّا) أَنَّهُ ارْتَكَبَ جَرِيمَةً وَلَيْسَ فِيهِ حَدٌّ مُقَدَّرٌ.

قَالَ فِي الزِّيَادَاتِ: وَالرَّأْيُ فِيهِ إِلَى الْإِمَامِ إِنْ شَاءَ قَتْلُهُ إِنْ اعْتَادَ ذَلِكَ، وَإِنْ شَاءَ ضَرْبُهُ وَحَبْسُهُ؛ فَقَوْلُهُ إِلَّا أَنَّهُ اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ وَلَا هُوَ فِي مَعْنَى الزُّنَا.

(وَمَنْ وَطِئَ بِبَهِيمَةٍ لَا حَدَّ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي مَعْنَى الزُّنَا فِي كَوْنِهِ جِنَايَةً وَفِي وُجُودِ الدَّاعِي لِأَنَّ الطَّبْعَ السَّلِيمَ يَنْفِرُ عَنْهُ وَالْحَامِلُ عَلَيْهِ نَهَايَةَ السَّفَهِ أَوْ فَرَطُ الشُّبْقِ وَلِهَذَا لَا يَجِبُ سِتْرُهُ إِلَّا أَنَّهُ يُعَزَّرُ لَمَّا بَيَّنَّاهُ، وَالَّذِي يُرَوَّى أَنَّهُ تُذْبِحُ الْبَهِيمَةُ^(١) وَتُحْرَقُ فَذَلِكَ لِقَطْعِ التَّحَدُّثِ بِهِ وَلَيْسَ بِوَاجِبٍ.

(١) قَالَ الزَّيْلَعِيُّ فِي نَسَبِ الرَّايَةِ (٣/٥٢٠): غَرِيبٌ هَذَا اللَّفْظُ.

الشرح:

وَمَنْ وَطِئَ بِهِمَّةً فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي مَعْنَى الزُّنَا فِي كَوْنِهِ جَنَائَةً إِذْ لَيْسَ فِيهِ تَضْيِيعُ الْوَلَدِ وَلَا إِفْسَادُ الْفِرَاشِ (و) لَا (فِي) وُجُودِ الدَّاعِي لِأَنَّ الطَّبْعَ السَّلِيمَ يَنْفِرُ عَنْهُ، وَإِنَّمَا يَحْمِلُهُ عَلَى ذَلِكَ نَهَايَةُ السَّفَهِ أَوْ فَرْطُ الشَّبَقِ وَلِهَذَا لَا يَجِبُ سِتْرُهُ) أَيِ سِتْرُ فَرْجِ الْبَهِيمَةِ، وَإِنَّمَا أُضْمِرَ عَلَيْهِ وَإِنْ لَمْ يَسْبِقْ ذِكْرُهُ لِأَنَّ ذِكْرَ الْبَهِيمَةِ يَسْتَلْزِمُهُ فَكَانَ مَرْجِعُهُ حُكْمِيًّا (إِلَّا أَنَّهُ يُعَزَّرُ لَمَّا بَيَّنَّا) أَنَّهُ ارْتَكَبَ جَرِيمَةً وَلَيْسَ فِيهَا حَدٌّ مُقَدَّرٌ، وَمَا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «مَنْ أَتَى بِهِمَّةً فَأَقْتُلُوهُ» شَاذٌ لَا يُعْمَلُ بِهِ، وَلَوْ ثَبَتَ فَتَأْوِيلُهُ مُسْتَحِلٌّ ذَلِكَ الْفِعْلُ (وَالَّذِي يُرْوَى أَنَّ تُذْبَحَ الْبَهِيمَةُ) وَهُوَ مَا رُوِيَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أَنَّهُ أَتَى بِرَجُلٍ أَتَى بِهِمَّةً فَأَمَرَ بِالْبَهِيمَةِ فُذْبِحَتْ وَأُحْرِقَتْ بِالنَّارِ (فَذَلِكَ لِقَطْعِ التَّحَدُّثِ بِهِ) كَيْ لَا يُعَيَّرَ بِهَا الرَّجُلُ إِذَا كَانَتْ الْبَهِيمَةُ بَاقِيَةً (لَا أَنَّهُ وَاجِبٌ)

(وَمَنْ زَنَى فِي دَارِ الْحَرْبِ أَوْ فِي دَارِ الْبَغْيِ ثُمَّ خَرَجَ إِلَيْنَا لَا يُقَامُ عَلَيْهِ الْحَدُّ). وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ يُحَدُّ لِأَنَّهُ التَّزَمَ بِإِسْلَامِهِ أَحْكَامَهُ أَيْنَمَا كَانَ مَقَامُهُ. وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا تُقَامُ الْحُدُودُ فِي دَارِ الْحَرْبِ»^(١) وَلَأَنَّ الْمَقْصُودَ هُوَ الْإِنْجَارُ وَوِلَايَةُ الْإِمَامِ مُنْقَطِعَةٌ فِيهِمَا فَيَعْرَى الْوُجُوبُ عَنِ الْفَائِدَةِ، وَلَا تُقَامُ بَعْدَ مَا خَرَجَ لِأَنَّهَا لَمْ تَنْعَقِدْ مُوجِبَةً فَلَا تَنْقَلِبُ مُوجِبَةً.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ زَنَى فِي دَارِ الْحَرْبِ أَوْ فِي دَارِ الْبَغْيِ ثُمَّ خَرَجَ إِلَيْنَا) وَأَقْرَأَ عِنْدَ الْإِمَامِ بِالزُّنَا (لَا يُقَامُ عَلَيْهِ الْحَدُّ). وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُحَدُّ لِأَنَّهُ التَّزَمَ بِإِسْلَامِهِ أَحْكَامَهُ أَيْنَمَا كَانَ مَقَامُهُ. وَلَنَا قَوْلُهُ ﷺ: «لَا تُقَامُ الْحُدُودُ فِي دَارِ الْحَرْبِ». وَوَجْهُ التَّمَسُّكِ بِهِ أَنَّهُ ﷺ لَمْ يُرِدْ بِهِ حَقِيقَةَ عَدَمِ الْإِقَامَةِ حِسًّا لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ يَعْرِفُ أَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ إِقَامَةَ الْحَدِّ فِي دَارِ الْحَرْبِ لِانْقِطَاعِ وِلَايَةِ الْإِمَامِ عَنْهَا فَكَانَ الْمُرَادُ بِعَدَمِ الْإِقَامَةِ عَدَمَ وَجُوبِ الْحَدِّ. فَإِنْ قِيلَ: هَذَا الْحَدِيثُ مُعَارِضٌ بِقَوْلِهِ: ﴿فَاجْلِدُوا﴾ فَلَا يُقْبَلُ. أَجِيبُ بِأَنَّ مَوَاضِعَ الشُّبْهَةِ خُصَّتْ مِنْ ذَلِكَ فَيَجُوزُ التَّخْصِصُ بَعْدَ ذَلِكَ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ وَالْقِيَاسِ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ حُجَّةٌ قَطْعِيَّةٌ عَلَى هَذَا أَطْبَقَ الشَّارِحُونَ، وَفِيهِ نَظَرٌ يُعْرَفُ

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٥٢١): غريب.

بِاسْتِحْضَارِ قَوَاعِدِ الْأُصُولِ.

وَهُوَ أَنَّ التَّخْصِصَ بِهِمَا إِنَّمَا يَصِحُّ بَعْدَ التَّخْصِصِ بِلَفْظِ مُقَارَنٍ وَلَيْسَ فِي الْآيَةِ بِمَوْجُودٍ، وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ حَصَلَ التَّخْصِصُ بِلَفْظِ مُقَارَنٍ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿كُلُّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا﴾ فَإِنَّ الضَّمِيرَ رَاجِعٌ إِلَى الرَّائِي وَالزَّانِيَةِ. وَالزَّانَا وَطءُ الرَّجُلِ الْمَرْأَةَ فِي الْقَبْلِ فِي غَيْرِ الْمَلِكِ وَشَهَّتِهِ كَمَا تَقَدَّمَ فَخَرَجَ مِنْهُ مَنْ لَمْ يَكُنْ رَجُلًا. وَإِذَا خَصَّ مُقَارَنًا جَارَ التَّخْصِصِ بَعْدَهُ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ وَالْقِيَاسِ. وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّ الْمَقْصُودَ هُوَ الْإِنْجَارُ) يَعْنِي أَنَّ وَجُوبَ الْحَدِّ لَيْسَ لِعَيْنِهِ وَإِنَّمَا هُوَ لِلْإِنْجَارِ، وَالْإِنْجَارُ يَحْصُلُ بِالْإِسْتِيفَاءِ، وَالْإِسْتِيفَاءُ مُتَعَذِّرٌ لَانْقِطَاعِ وَلَايَةِ الْإِمَامِ. فَلَوْ وَجَبَ الْحَدُّ لَعَرَى عَنْ الْفَائِدَةِ وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ، وَإِذَا لَمْ يَنْعَقِدْ مُوجِبًا لَا يُقَامُ بَعْدَهَا خَرَجَ لَثَلَا يَقَعُ الْحُكْمُ بِغَيْرِ سَبَبٍ، وَأَنْتَ الضَّمِيرُ فِي قَوْلِهِ لَأَنَّهَا لَمْ تَنْعَقِدْ بِتَأْوِيلِ الْفَاحِشَةِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا الزَّانِيَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً﴾ [الإسراء: ٣٢] أَوْ بِتَأْوِيلِ الْوَطْءِ

وَلَوْ غَزَا مَنْ لَهُ وَلَايَةُ الْإِقَامَةِ بِنَفْسِهِ كَالْخَلِيفَةِ وَآمِيرِ مِصْرٍ يُقِيمُ الْحَدَّ عَلَى مَنْ زَنَى فِي مُعْسَكَرِهِ لِأَنَّهُ تَحْتَ يَدِهِ، بِخِلَافِ آمِيرِ الْعَسْكَرِ وَالسَّرِيَّةِ لِأَنَّهُ لَمْ تُفَوَّضْ إِلَيْهِمَا الْإِقَامَةُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ غَزَا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (فِي مُعْسَكَرِهِ) إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّهُ لَوْ خَرَجَ مِنْ مُعْسَكَرِهِ وَدَخَلَ دَارَ الْحَرْبِ وَزَنَى فِيهَا ثُمَّ خَرَجَ لَا يُقَامُ عَلَيْهِ الْحَدُّ (وَالسَّرِيَّةُ) قِيلَ هُمُ الَّذِينَ يَسِيرُونَ بِاللَّيْلِ وَيَخْتَفُونَ بِالنَّهَارِ، وَمِنْهُ «خَيْرُ السَّرَايَا أَرْبَعُمِائَةٍ».

(وَإِذَا دَخَلَ حَرْبِي دَارَنَا بِأَمَانٍ فَزَنَى بِذِمَّتِي أَوْ زَنَى ذِمِّي بِحَرْبِيَّتِي يُحَدُّ الذَّمِّيُّ وَالذَّمِّيُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَلَا يُحَدُّ الْحَرْبِيُّ وَالْحَرْبِيَّةُ وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الذَّمِّيِّ) يَعْنِي إِذَا زَنَى بِحَرْبِيَّتِي، فَأَمَّا إِذَا زَنَى الْحَرْبِيُّ بِذِمَّتِي لَا يُحَدُّانِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَوَّلًا (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُحَدُّونَ كُلَّهُمْ) وَهُوَ قَوْلُهُ الْآخَرُ. لِأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْمُسْتَأْمَنَ التَّزَمَ أَحْكَامَنَا مُدَّةَ مُقَامِهِ فِي دَارِنَا فِي الْمُعَامَلَاتِ، كَمَا أَنَّ الذَّمِّيَّ التَّزَمَهَا مُدَّةَ عُمُرِهِ وَلِهَذَا يُحَدُّ حَدُّ الْقَذْفِ وَيُقْتَلُ قِصَاصًا، بِخِلَافِ حَدِّ الشُّرْبِ لِأَنَّهُ يَنْتَقِذُ بِبَاحْتِهِ.

وَلَهُمَا أَنَّهُ مَا دَخَلَ لِلْقَرَارِ بَلْ لِحَاجَةٍ كَالْتِّجَارَةِ وَنَحْوَهَا فَلَمْ يَصِرْ مِنْ أَهْلِ دَارِنَا
وَلِهَذَا يُمَكِّنُ مِنَ الرُّجُوعِ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ وَلَا يُقْتَلُ الْمُسْلِمُ وَلَا الذَّمِّيُّ بِهِ، وَإِنَّمَا التَّرَمُّ مِنَ
الْحُكْمِ مَا يَرْجِعُ إِلَى تَحْصِيلِ مَقْصُودِهِ وَهُوَ حُقُوقُ الْعِبَادِ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا طَمَعَ فِي الْإِنْصَافِ
يَلْتَزِمُ الْإِنْصَافَ، وَالْقِصَاصُ وَحْدَهُ الْقَذْفُ مِنْ حُقُوقِهِمْ، أَمَّا حَدُّ الزِّنَا فَهَمْحُصُ حَقِّ الشَّرْعِ.
وَلِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهُوَ الْفَرْقُ أَنَّ الْأَصْلَ فِي بَابِ الزِّنَا فِعْلُ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ تَابِعَةٌ لَهُ عَلَى مَا
نَذَكَّرَهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. فَامْتِنَاعُ الْحَدِّ فِي حَقِّ الْأَصْلِ يُوجِبُ امْتِنَاعَهُ فِي حَقِّ التَّبَعِ، أَمَّا
الْامْتِنَاعُ فِي حَقِّ التَّبَعِ لَا يُوجِبُ الْامْتِنَاعَ فِي حَقِّ الْأَصْلِ. نَظِيرُهُ إِذَا زَنَى الْبَالِغُ بِصَبِيَّةٍ أَوْ
مَجْنُونَةٍ وَتَمَكَّنَ الْبَالِغَةُ مِنَ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ وَلَأَبَى حَنِيفَةً رَحِمَهُ اللَّهُ فِيهِ أَنَّ فِعْلَ
الْحَرْبِيِّ الْمُسْتَأْمَنِ زِنًا لِأَنَّهُ مُخَاطَبٌ بِالْحُرْمَاتِ عَلَى مَا هُوَ الصَّحِيحُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُخَاطَبًا
بِالشَّرَائِعِ عَلَى أَصْلِنَا وَالتَّمَكُّنُ مِنْ فِعْلِهِ هُوَ زِنًا مُوجِبٌ لِلْحَدِّ عَلَيْهَا، بِخِلَافِ الصَّبِيِّ
وَالْمَجْنُونِ لِأَنَّهُمَا لَا يُخَاطَبَانِ، وَنَظِيرُ هَذَا الْاِخْتِلَافِ إِذَا زَنَى الْمَكْرَهُ بِالْمُطَاوِعَةِ تُحَدُّ
الْمُطَاوِعَةُ عِنْدَهُ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ لَا تُحَدُّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا دَخَلَ حَرْبِي دَارِنَا بِأَمَانٍ) حَاصِلُ اخْتِلَافِ أَصْحَابِنَا فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ
شُمُولُ الْوُجُوبِ فِي الذَّمِّيِّ وَالذَّمِّيَّةِ وَشُمُولُ الْعَدَمِ فِي الْحَرْبِيِّ وَالْحَرْبِيَّةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ،
وَهَذَا الشُّمُولُ لَا يَتَغَيَّرُ بِمُعَايَرَةِ أَحَدِ الطَّرَفَيْنِ لِأَخَرٍ بِكَوْنِهِ حَرْبِيًّا أَوْ ذِمِّيًّا أَوْ ذَكَرًا أَوْ
أُنْثَى. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ عَدَمُ التَّغْيِيرِ ثَابِتٌ فِي جَانِبِ الْحَرْبِيِّ وَالْحَرْبِيَّةِ. وَأَمَّا فِي جَانِبِ الذَّمِّيِّ
فَيَتَفَاوَتُ بَيْنَ الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى فِيمَا إِذَا اخْتَلَفَ خَالَهُمَا حَيْثُ يُحَدُّ الذَّمِّيُّ وَلَا تُحَدُّ
الْحَرْبِيَّةُ، وَفِي الْعَكْسِ لَا يُحَدَّدَانِ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ أَوَّلًا، وَقَالَ آخَرًا بِشُمُولِ
الْوُجُوبِ فِي الْأَنْوَاعِ كُلِّهَا (لَهُ أَنَّ الْمُسْتَأْمَنَ التَّرَمُّ أَحْكَامَتَا مُدَّةٍ مُقَامِهِ فِي دَارِنَا كَمَا أَنَّ
الذَّمِّيَّ التَّرَمُّهَا مُدَّةَ عُمْرِهِ) وَمَنْ التَّرَمَّ أَحْكَامَتَا تَنَفُّذُ عَلَيْهِ كَالْمُسْلِمِ وَالذَّمِّيِّ (وَلِهَذَا يُحَدُّ
حَدُّ الْقَذْفِ وَيُقْتَلُ قِصَاصًا).

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ كَذَلِكَ لِأَقِيمَ عَلَيْهِ حَدُّ الشُّرْبِ لِأَنَّهُ مِنْ أَحْكَامِنَا. أَجَابَ بِقَوْلِهِ
(بِخِلَافِ حَدِّ الشُّرْبِ لِأَنَّهُ يَعْتَقَدُ إِبَاحَتَهُ) فَإِنْ قُلْتَ: فَهُوَ يَعْتَقَدُ إِبَاحَةَ قَتْلِ الْمُسْلِمِ وَقَذْفِهِ
فَيَنْبَغِي أَنْ لَا يُقْتَصَّ مِنْهُ وَلَا يُحَدُّ لِقَذْفِهِ.

قلت: المعنى باعتقاد الإباحة هو أن يكون ذلك ديناً، وقتل النفس والقذف حرام في دينهم، فإباحتهم ذلك ليست بدين، وإنما هو هوى وتعصب (ولأبي حنيفة ومحمد أن التزام الأحكام إنما هو بالالتزام القرار في الدار، لأن الانصاف بكونه من دارنا إنما يكون بذلك، والحربي ما التزم ذلك لأنه دخل لحاجة كالجارة ونحوها فلم يصر من أهل دارنا، ولهذا يمكن من الرجوع إلى دار الحرب، ولا يقتل المسلم ولا الذمي به) وإذا لم يصر من دارنا وكان دخوله لحاجة (كان ملتزماً من الأحكام ما يرجع إلى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد) لأنه لما لم يدخل إلا طامعاً في الإنصاف: أي العدل لأجله على غيره (يلتزم الانصاف) أي العدل لغيره عليه لأن العزم بإزاء الغنى. (والقصاص وحد القذف من حقوق العباد) فكان داخلاً في الانصاف (وأما حد الزنا فمحض حق الشرع) فلا يكون داخلاً فيه، فلما فرغاً من الجواب عن قول أبي يوسف شرع كل منهما في إثبات ما ذهب إليه، فقال محمد (الأصل في باب الزنا فعل الرجل والمرأة تابعة له على ما يأتي؛ فامتناع الحد في حق الأصل) فيما إذا زنى الحربي بدمية (يوجب امتناعه في حق التبع) وإلا لا يكون تبعاً فكان خلفاً.

(وأما الامتناع في حق التبع) فيما إذا زنى الذمي بحريية (فلا يوجب امتناعه في حق الأصل) وإلا لكان مستتبعا فكان أصلاً، والفرض أنه تبع وذلك خلف باطل (نظير ذلك إذا زنى البالغ بصبيّة أو مجنونة) فإنه يحد البالغ ذوئهما لأن الامتناع في حق التبع لا يستلزمه في حق الأصل (وتمكن البالغة من الصبي والمجنون) فإنه لا يجب الحد عليهما؛ لأن الامتناع في حق الأصل يستلزمه في حق التبع (ولأبي حنيفة أن فعل الحربي المستأمن زناً حقيقة لأنه مخاطب بالحرّمات على ما هو الصحيح وإن لم يكن مخاطباً بالشرائع على أصلنا) ولهذا لو قذفه قاذف به بعد الإسلام لم يلزمه الحد، إلا أنه لا يقام عليه الحد لو جوب تبليغه مأمته بقوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَلْبَغْهُ مَأْمَتَهُ﴾ [التوبة: ٦] وإذا كان كذلك كان تمكن المرأة منه زناً لأن التمكن من فعل الزنا يوجب الحد لقوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا﴾ [النور: ٢] فيجب الحد عليها لوجود مقتضي وإنشاء المانع، بخلاف الحربي لتحقق المانع وهو تبليغه مأمته، والمراد بالحرّمات ترك

الامْتِثَالِ بِالْأَوَامِرِ وَالْإِتِّهَاءِ عَنِ التَّوَاهِي، فَإِنَّ الْكُفَّارَ مُخَاطَبُونَ بِالْعِبَادَاتِ مِنْ حَيْثُ التَّرُكُ تَضْعِيفًا لِلْعَذَابِ عَلَيْهِمْ.

(قَوْلُهُ عَلَى مَا هُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ بَعْضِ مَشَايخِنَا الْعِرَاقِيِّينَ فَإِنَّهُمْ قَالُوا بِكَوْنِهِمْ مُخَاطَبِينَ بِالشَّرَائِعِ كُلِّهَا بِالْعِبَادَاتِ وَالْحُرُمَاتِ وَالْمَعَامَلَاتِ. وَقَوْلُهُ (وَأَنْ لَمْ يَكُنْ مُخَاطَبًا بِالشَّرَائِعِ عَلَى أَصْلَانَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِ بَعْضِ أَصْحَابِنَا فَإِنَّهُمْ قَالُوا الْكُفَّارُ غَيْرُ مُخَاطَبِينَ بِالشَّرَائِعِ. قَالَ شَمْسُ الْأُيْمَةِ: وَمَشَايخُ دِيَارِنَا يَقُولُونَ: إِنَّهُمْ لَا يُخَاطَبُونَ بِأَدَاءِ مَا يَحْتَمِلُ السَّقُوطُ مِنَ الْعِبَادَاتِ.

وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ) جَوَابٌ عَنْ مُسْتَشْهَدِ مُحَمَّدٍ عَلَى أَنَّ سَقُوطَ الْحَدِّ مِنَ الْأَصْلِ يُوجِبُ السَّقُوطَ مِنَ التَّبَعِ. وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ هَذَا لَيْسَ نَظِيرَ مَا نَحْنُ فِيهِ لِأَنَّ الصَّبِيَّ وَالْمَجْنُونِ لَا يُخَاطَبَانِ فَلَا يَكُونُ فِعْلُهُمَا زِنًا، وَالتَّمَكُّينُ مِنْ غَيْرِ الزَّنَا لَيْسَ بِزِنًا فَلَا يُوجِبُ الْحَدَّ، وَالْحَرْبِيُّ مُخَاطَبٌ فَفِعْلُهُ زِنًا، وَالتَّمَكُّينُ مِنَ الزَّنَا زِنًا يُوجِبُ الْحَدَّ (وَنَظِيرُ هَذَا الْاِخْتِلَافِ إِذَا زَنَى الْمَكْرُةَ بِالْمُطَاوَعَةِ تُحَدُّ الْمُطَاوَعَةُ عِنْدَهُ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا تُحَدُّ).

قَالَ (وَإِذَا زَنَى الصَّبِيُّ أَوِ الْمَجْنُونُ بِامْرَأَةٍ طَاوَعْتَهُ فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ وَلَا عَلَيْهَا). وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى: يَحِبُّ الْحَدُّ عَلَيْهَا، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا زَنَى الصَّبِيُّ أَوِ الْمَجْنُونُ) صُورَةٌ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ظَاهِرَةٌ، وَوَجْهُ قَوْلِ زُفَرٍ وَالشَّافِعِيِّ قِيَاسُ أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ بِالْآخَرِ

(وَأَنْ زَنَى صَحِيحٌ بِمَجْنُونَةٍ أَوْ صَغِيرَةٍ يُجَامَعُ مِثْلَهَا حَدُّ الرَّجُلِ خَاصَّةً) وَهَذَا بِالْإِجْمَاعِ. لَهُمَا أَنَّ الْعَذْرَ مِنْ جَانِبِهَا لَا يُوجِبُ سَقُوطَ الْحَدِّ مِنْ جَانِبِهِ فَكَذَا الْعَذْرُ مِنْ جَانِبِهِ، وَهَذَا لِأَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا مُؤَاخَذٌ بِفِعْلِهِ. وَلَنَا أَنَّ فِعْلَ الزَّنَا يَتَحَقَّقُ مِنْهُ، وَإِنَّمَا هِيَ مَحَلُّ الْفِعْلِ وَلِهَذَا يُسَمَّى هُوَ وَاطْنًا وَزَانِيًا وَالْمَرْأَةُ مَوْطُوءَةً وَمَزْنِيًّا بِهَا، إِلَّا أَنَّهَا سُمِّيَتْ زَانِيَةً مَجَازًا تَسْمِيَةً لِلْمَفْعُولِ بِاسْمِ الْفَاعِلِ كَالرَّاضِيَةِ فِي مَعْنَى الْمَرْضِيَّةِ، أَوْ لَكُونِهَا مُسَبِّبَةً بِالتَّمَكُّينِ فَتَعْلَقَ الْحَدُّ فِي حَقِّهَا بِالتَّمَكُّينِ مِنَ قَبِيحِ الزَّنَا وَهُوَ فِعْلٌ مَنْ هُوَ مُخَاطَبٌ بِالْكَفِّ

عنه ومؤتم على مباشرته، وفعل الصبي ليس بهذه الصفة فلا يناط به الحد.

الشرح:

قالا: (العذر من جانبيها) كما في صورة الإجماع (لا يوجب سقوط الحد من جانبيها فكذا العذر من جانبيه) وهو في الصورة المختلف فيها لا يوجب سقوطه من جانبيها، والجامع أن كلا منهما مؤاخذ بفعله، ودليلنا ظاهر مما ذكرنا أنفا لمحمد فلا حاجة إلى التكرار.

واعترض عليه من وجهين: أحدهما أن غير المخصن إذا زنى بالمحصنة يجب الرجم عليها، وإن لم يجب على الرجل فعدم الرجم على الأصل لا يوجب عدمه على التبع فليكن نفس الحد كذلك. والثاني أن الصبي أو المجنون إذا زنى بالمطوعة ينبغي أن يجب المهر عليه لأن الوطء لا يخلو عن أحد الموجبين: إما الحد أو المهر. وقد أورد في الذخيرة أنه لا يجب عليه المهر فيما إذا طأعته المرأة. وأجيب عن الأول أنه لا يلزم من إحصان الرائي إحصان الزانية لأن الإحصان موقوف على شرائط أخرى، ويلزم من تحقيق فعل الزنا منه تحقيقه منها بسبب التمكن لأن تمكينها سبب لفعل الرجل فيقام السبب مقام المسبب في حقها. وعن الثاني بأن لو أوجبت المهر على الصبي فيما إذا طأعته لخلا الإيجاب عن الفائدة، لأن لولي الصبي الرجوع عليها في الحال بمثل ذلك لأنها لما طأعته صارت أمرة للصبي بالزنا معها وقد لحقه بذلك غرم، وصح الأمر من المرأة لأن لها ولاية على نفسها فلا يفيد الإيجاب، بخلاف ما إذا كانت مكرهة أو صبيبة فإن المكرهة ليست بأمرة والصبيبة لا يصح أمرها لعدم ولايتها على نفسها فكأنت بمنزلة المكرهة، فإيجاب المهر كان مفيدا ثمة، إذ ليس لولي الصبي حينئذ أن يرجع عليها بمثل ذلك.

قال (ومن أكرهه السلطان حتى زنى فلا حد عليه) وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا يحد، وهو قول زفر لأن الزنا من الرجل لا يتصور إلا بعد انتشار الآلة وذلك دليل الطواعية. ثم رجع عنه فقال: لا حد عليه لأن سببه الملجئ قائم ظاهرا، والانتشار دليل متردد لأنه قد يكون غير قصد لأن الانتشار قد يكون طبعا لا طوعا كما في النائم فأورث شبهة، وإن أكرهه غير السلطان حد عند أبي حنيفة رحمه الله، وقال: لا يحد

لأن الإكراه عندهما قد يتحقق من غير السلطان؛ لأن المؤثر خوف الهلاك وأنه يتحقق من غيره. وله أن الإكراه من غيره لا يدوم إلا نادراً لتمكّنه من الاستعانة بالسلطان أو بجماعة المسلمين، ويمكنه دفعه بنفسه بالسلاح، والنادر لا حكم له فلا يسقط به الحد، بخلاف السلطان لأنه لا يمكنه الاستعانة بغيره ولا الخروج بالسلاح عليه فافترقا

الشرح:

وقوله (ومن أكرهه السلطان إلخ) ظاهر.

(ومن أقر أربع مرات في مجالس مختلفة أنه زنى بفلانة وقالت هي: تزوجني أو أقرت بالزنا وقال الرجل تزوجتها فلا حدّ عليه وعليه المهر في ذلك) لأن دعوى النكاح يحتمل الصدق وهو يقوم بالطرفين فأورث شبهة، وإذا سقط الحد وجب المهر تعظيماً لخطر البضع

الشرح:

وقوله (وعليه المهر في ذلك) يعني في كلتا صورتين: دعوى الرجل النكاح ودعواه المرأة. فإن قيل: ينبغي أن لا يجب المهر فيما إذا أقرت المرأة بالزنا لأنها تنفي وجوب المهر فكيف وجب لها المهر وهي منكّرة للنكاح؟ أجيب بأن النكاح يقوم بالطرفين والزوج يدعي النكاح فبدعواه النكاح انتهى الحدّ عنه في هذا الوطاء لأنه في دعواه إما أن يكون مصدقاً أو مكذباً، فإن كان الأول أثبت النكاح حقيقة، وإن كان الثاني فاحتمال الصدق قائم لا محالة، والاحتمال في باب الحدود ملحق باليقين احتيالا للدرء فيسقط الحدّ، وسقوطه يستلزم وجوب المهر لأن الوطاء لا يخلو عن غرامة أو عقوبة، فإذا تحقق المزوم بدون اختيارها تحقق اللازم كذلك فيثبت لها المهر وإن ردّه.

(ومن زنى بجارية فقتلها فإنه يحدّ وعليه القيمة) معناه: قتلها بفعل الزنا لأنه جنى جنايتين فيوقر على كل واحد منهما حكمه. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يحدّ لأن تقرر ضمان القيمة سبب للملك الأمّة فصار كما إذا اشتراها بعد ما زنى بها وهو على هذا الاختلاف، واعتراض سبب الملك قبل إقامة الحدّ يوجب سقوطه، كما إذا ملك المسروق قبل القطع. ولهما أنه ضمان قتل فلا يوجب الملك لأنه ضمان دم، ولو كان

يُوجِبُهُ فَإِنَّمَا يُوجِبُهُ فِي الْعَيْنِ كَمَا فِي هِبَةِ الْمَسْرُوقِ لَا فِي مَنَافِعِ الْبُضْعِ لِأَنَّهَا أُسْتُوفِيَتْ
وَالْمِلْكُ يَثْبُتُ مُسْتَنَدًا فَلَا يَظْهَرُ فِي الْمُسْتَوْفَى لَكُونِهَا مَعْدُومَةً، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا زَنَى بِهَا
فَأَذْهَبَ عَيْنَهَا حَيْثُ تَجِبُ عَلَيْهِ قِيمَتُهَا، وَيَسْقُطُ الْحَدُّ لِأَنَّ الْمِلْكَ هُنَاكَ يَثْبُتُ فِي الْجَنَّةِ
الْعَمِيَاءِ وَهِيَ عَيْنٌ فَأُورِثَ شُبُهَتُهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَمَنْ زَنَى بِجَارِيَةٍ فَقَتَلَهَا فَإِنَّهُ يُحَدُّ وَعَلَيْهِ الْقِيَمَةُ) إِنَّمَا وَضَعَ الْمَسْأَلَةَ فِي
الْجَارِيَةِ وَإِنْ كَانَ هَذَا الْحُكْمُ وَهُوَ وَجُوبُ الْحَدِّ مَعَ الضَّمَانِ لَا يَتَفَاوَتْ بَيْنَ الْحُرَّةِ
وَالْجَارِيَةِ، فَإِنَّهُ لَوْ فَعَلَ ذَلِكَ مَعَ الْحُرَّةِ وَجِبَ عَلَيْهِ الْحَدُّ وَالْدِّيَّةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ لَمَا أَنَّ شُبُهَةَ
عَدَمِ وَجُوبِ الْحَدِّ عِنْدَ أَدَاءِ الضَّمَانِ إِنَّمَا تَرُدُّ فِي حَقِّ الْجَارِيَةِ لَا فِي حَقِّ الْحُرَّةِ، لِأَنَّ
الْأُمَّةَ تَصْلُحُ أَنْ تَكُونَ مِلْكًا لِلزَّانِي عِنْدَ أَدَاءِ الضَّمَانِ بِشُبُهَةِ أَنْ لَا يَجْتَمِعَ الْبَدَلَانِ فِي
مِلْكِ شَخْصٍ وَاحِدٍ، كَمَا إِذَا زَنَى بِهَا فَأَذْهَبَ عَيْنَهَا وَهُوَ وَجْهُ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ فِي
هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ.

وَقَوْلُهُ (وَهُوَ عَلَى هَذَا الْاِخْتِلَافِ) أَيُّ شِرَاءِ الْجَارِيَةِ بَعْدَ الزَّنَا بِهَا قَبْلَ إِقَامَةِ الْحَدِّ
عَلَى هَذَا الْاِخْتِلَافِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ يُحَدُّ خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ فَكَانَ رَدُّ
الْمُخْتَلَفِ إِلَى الْمُخْتَلَفِ، لَكِنْ الْخِلَافُ فِي الْمُسْتَرَاءِ بَعْدَ الزَّنَا مَذْكُورٌ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ،
بِخِلَافِ مَا نَحْنُ فِيهِ (وَلَهُمَا أَنْ هَذَا الضَّمَانُ ضَمَانُ قَتْلِ وَضَمَانُ الْقَتْلِ لَا يُوجِبُ الْمِلْكَ
لَأَنَّهُ ضَمَانُ دَمٍ) وَالْدَّمُ بِمَا لَا يَمْلِكُ. وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَرَّرَ هَكَذَا لِأَنَّهُ ضَمَانُ دَمٍ، وَضَمَانُ
الدَّمِ يَجِبُ بَعْدَ الْمَوْتِ وَالْمَوْتُ لَيْسَ بِمَحَلٍّ لِلْمِلْكِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ كَانَ يُوجِبُهُ) يَعْنِي سَلَمْنَا أَنْ ضَمَانُ الْقَتْلِ يُوجِبُ الْمِلْكَ لَكِنْ إِنَّمَا
يُوجِبُهُ فِي الْعَيْنِ كَمَا ذَكَرْتُمْ فِي هَيْئَةِ الْمَسْرُوقِ لَا فِي مَنَافِعِ الْبُضْعِ لِأَنَّهَا أُسْتُوفِيَتْ
وَتَلَاشَتْ فَلَمْ تَكُنْ قَابِلَةً لِلْمِلْكِ حَالَةَ الضَّمَانِ وَلَا مُسْتَنَدَةً لِأَنَّ الْمُسْتَنَدَ لَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ
الْمَعْدُومِ وَالْمَنَافِعِ الْمُسْتَوْفَاةِ مَعْدُومَةً. قِيلَ فَلْيَكُنْ الْمِلْكُ ثَابِتًا بِطَرِيقِ التَّبَيُّنِ لَعَلَّا يُشْتَرَطُ
الْوُجُودُ كَمَا فِي الْحَيْضِ دَرَأَ فِي بَابِ الْحُدُودِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ التَّبَيُّنَ إِنَّمَا يَكُونُ فِي حُكْمِ
مُعْيَا بَغَايَةٍ يُنْتَظَرُ الْوُصُولُ إِلَيْهَا، فَإِنْ وَصَلَ حُكْمُ بَثْوَتِهِ وَإِلَّا فَلَا كَمَا فِي الْحَيْضِ، وَلَيْسَ
مَا نَحْنُ فِيهِ كَذَلِكَ.

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا زَنَى بِهَا) جَوَابٌ لِّصُورَةِ يُمكنُ أَنْ يَسْتَشْهَدَ بِهَا أَبُو يُوسُفَ كَمَا قَدَّمَاهُ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الزَّانِيَ بِالضَّمَانِ يَمْلِكُ الْجَنَّةَ الْعَمِيَاءَ لَكُونِهَا قَابِلَةً لِلْمَلِكِ إِذْ هِيَ مَوْجُودَةٌ فَتَوَرَّثُ الشُّبْهَةُ، وَهَذَا الْجَوَابُ إِنَّمَا يَسْتَقِيمُ عَلَى أَصْلِ الْجَوَابِ دُونَ التَّنْزُلِ. وَلِقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: الْمَلِكُ يَثْبُتُ فِي الْجَنَّةِ الْعَمِيَاءِ مُسْتَنَدًا فَلَا يَظْهَرُ فِي الْمُسْتَوْفِي: أَعْنِي الْمَنَافِعَ لَكُونِهَا مَعْدُومَةً، وَأَمَّا إِذَا نَظَرْتُ إِلَى أَصْلِ الْجَوَابِ وَهُوَ قَوْلُهُ إِنَّهُ ضَمَانٌ قَتْلٌ فَلَا يُوجِبُ الْمَلِكُ لَأَنَّهُ ضَمَانٌ دَمٍ وَهُوَ لَيْسَ بِعَيْنٍ ثَمْلِكَ فَإِنَّهُ صَحِيحٌ. وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ بِالنَّظَرِ إِلَى التَّنْزُلِ أَيْضًا بَأَنَّ الْمَلِكَ وَإِنْ كَانَ ثَابِتًا فِيهِ أَيْضًا لَكِنْ فِيهِ شُبْهَةُ الْعَدَمِ فَتَكُونُ فِي الْمَنَافِعِ شُبْهَةُ الشُّبْهَةِ وَهِيَ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ، وَلَا كَذَلِكَ فِي الْجَنَّةِ الْعَمِيَاءِ لِثُبُوتِ الْمَلِكِ فِيهَا حَقِيقَةً فَيَكُونُ فِي الْمَنَافِعِ الشُّبْهَةُ وَهِيَ مُعْتَبَرَةٌ، لَكِنْ لَيْسَ فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ مَا يُشِيرُ إِلَى هَذَا أَصْلًا.

قَالَ (وَكُلُّ شَيْءٍ صَنَعَهُ الْإِمَامُ الَّذِي لَيْسَ فَوْقَهُ إِمَامٌ فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ إِلَّا الْقِصَاصُ فَإِنَّهُ يُؤْخَذُ بِهِ وَبِالْأَمْوَالِ) لَأَنَّ الْحُدُودَ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى وَإِقَامَتُهَا إِلَيْهِ لَا إِلَى غَيْرِهِ وَلَا يُمكنُ أَنْ يُقِيمَ عَلَى نَفْسِهِ لِأَنَّهُ لَا يُفِيدُ، بِخِلَافِ حُقُوقِ الْعِبَادِ لِأَنَّهُ يَسْتَوْفِيهِ وَلِيَّ الْحَقِّ إِمَّا بِتَمَكِّيْنِهِ أَوْ بِالِاسْتِعَانَةِ بِمَنْعَةِ الْمُسْلِمِينَ وَالْقِصَاصُ وَالْأَمْوَالُ مِنْهَا. وَأَمَّا حَدُّ الْقَذْفِ قَائِلًا بِالْمُغْلَبِ فِيهِ حَقُّ الشَّرْعِ فَحُكْمُهُ حُكْمُ سَائِرِ الْحُدُودِ الَّتِي هِيَ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

(وَكُلُّ شَيْءٍ صَنَعَهُ الْإِمَامُ الَّذِي لَيْسَ فَوْقَهُ إِمَامٌ) وَفَسَّرَهُ أَبُو اللَّيْثِ بِالْخَلِيفَةِ (فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ إِلَّا الْقِصَاصُ، فَإِنَّهُ يُؤْخَذُ بِهِ وَبِالْأَمْوَالِ) لَأَنَّ الْحُدُودَ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى وَإِقَامَتُهَا إِلَيْهِ لَا إِلَى غَيْرِهِ قَالَ ﷺ: «أَرْبَعٌ إِلَى الْوَلَاةِ» وَعَدَّ مِنْهَا إِقَامَةَ الْحُدُودِ، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَأَمَّا حَدُّ الْقَذْفِ فَالْمُغْلَبُ فِيهِ حَقُّ الشَّرْعِ فَحُكْمُهُ حُكْمُ سَائِرِ الْحُدُودِ الَّتِي هِيَ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى. وَلِقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: لَوْ كَانَ الْمُغْلَبُ فِيهِ حَقُّ الشَّرْعِ لَوَجَبَ أَنْ لَا يُحَدَّ الْمُسْتَأْمَنُ إِذَا قَذَفَ كَمَا لَوْ زَنَى، وَقَدْ تَقَدَّمَ أَنَّهُ يُحَدُّ لِأَنَّهُ حَقُّ الْعَبْدِ. وَالْجَوَابُ أَنَّ حَدَّ الْقَذْفِ يَشْتَمِلُ عَلَى الْحَقِيقِينَ لَا مَحَالَةَ فَيَعْمَلُ بِكُلِّ مِنْهُمَا بِحَسَبِ مَا يَلِيقُ بِهِ، وَمَا يَلِيقُ بِالْحَرَبِيِّ أَنْ يَكُونَ حَقُّ الْعَبْدِ لِإِمْكَانِ الاسْتِيفَاءِ، وَمَا يَلِيقُ بِالْإِمَامِ أَنْ يَكُونَ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى لِأَنَّهُ لَيْسَ فَوْقَهُ

إِمَامٌ يَسْتَوْفِيهِ مِنْهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ الشَّهَادَةِ عَلَى الزَّانَا وَالرُّجُوعِ عَنْهَا

(وَإِذَا شَهِدَ الشُّهُودُ بِحَدِّ مُتَقَادِمٍ لَمْ يَمْنَعُهُمْ عَنْ إِقَامَتِهِ بَعْدَهُمْ عَنِ الْإِمَامِ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمْ إِلَّا فِي حَدِّ الْقَذْفِ خَاصَّةً) وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: (وَإِذَا شَهِدَ عَلَيْهِ الشُّهُودُ بِسَرِقَةٍ أَوْ بِشُرْبِ خَمْرٍ أَوْ بِزِنَا بَعْدَ حِينَ لَمْ يُؤْخَذَ بِهِ وَضُمِنَ السَّرِقَةُ) وَالْأَصْلُ فِيهِ أَنَّ الْحُدُودَ الْخَالِصَةَ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى تَبْطُلُ بِالتَّقَادُّمِ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ، هُوَ يَعْتَبِرُهَا بِحُقُوقِ الْعِبَادِ وَبِالْإِقْرَارِ الَّذِي هُوَ إِحْدَى الْحُجَّتَيْنِ. وَلَنَّا أَنَّ الشَّاهِدَ مُخَيَّرَ بَيْنَ حِسْبَتَيْنِ آدَاءِ الشَّهَادَةِ وَالسُّتْرِ، فَالتَّأخيرُ إِنْ كَانَ لِاخْتِيَارِ السُّتْرِ فَالْإِقْدَامُ عَلَى الْآدَاءِ بَعْدَ ذَلِكَ لِضَعْفَيْنِ: هَيْجَتُهُ أَوْ لِعِدَاوَةِ حَرَكَتِهِ فَيُتَّهَمُ فِيهَا وَإِنْ كَانَ التَّأخيرُ لَا لِلسُّتْرِ يَصِيرُ فَاسِقًا أَثَمًا فَتَيَقَّنَا بِالْمَنْعِ، بِخِلَافِ الْإِقْرَارِ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ لَا يُعَادِي نَفْسَهُ، فَحَدُّ الزَّانَا وَشُرْبِ الْخَمْرِ وَالسَّرِقَةِ خَالِصٌ حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى حَتَّى يَصِحَّ الرُّجُوعُ عَنْهَا بَعْدَ الْإِقْرَارِ فَيَكُونُ التَّقَادُّمُ فِيهِ مَانِعًا، وَحَدُّ الْقَذْفِ فِيهِ حَقُّ الْعَبْدِ لِمَا فِيهِ مِنْ دَفْعِ الْعَارِ عَنْهُ، وَلِهَذَا لَا يَصِحُّ رُجُوعُهُ بَعْدَ الْإِقْرَارِ، وَالتَّقَادُّمُ غَيْرُ مَانِعٍ فِي حُقُوقِ الْعِبَادِ، وَلِأَنَّ الدَّعْوَى فِيهِ شَرْطٌ فَيَحْمَلُ تَأخيرُهُمْ عَلَى انْعِدَامِ الدَّعْوَى فَلَا يُوجِبُ تَقْسِيْقَهُمْ، بِخِلَافِ حَدِّ السَّرِقَةِ لِأَنَّ الدَّعْوَى لَيْسَتْ بِشَرْطٍ لِلْحَدِّ لِأَنَّهُ خَالِصٌ حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى عَلَى مَا مَرَّ، وَإِنَّمَا شَرْطَتْ لِلْمَالِ، وَلِأَنَّ الْحُكْمَ يُدَارُ عَلَى كَوْنِ الْحَدِّ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى فَلَا يُعْتَبَرُ وُجُودُ التُّهْمَةِ فِي كُلِّ فَرْدٍ، وَلِأَنَّ السَّرِقَةَ تُقَامُ عَلَى الْاسْتِسْرَارِ عَلَى غَيْرَةِ مِنَ الْمَالِكِ فَيَجِبُ عَلَى الشَّاهِدِ إِعْلَامُهُ فَيَالِكِتْمَانٍ يَصِيرُ فَاسِقًا أَثَمًا، ثُمَّ التَّقَادُّمُ كَمَا يَمْنَعُ قَبُولَ الشَّهَادَةِ فِي الْإِبْتِدَاءِ يَمْنَعُ الْإِقَامَةَ بَعْدَ الْقَضَاءِ عِنْدَنَا خِلَافًا لِرُفْرَحٍ حَتَّى لَوْ هَرَبَ بَعْدَ مَا ضُرِبَ بَعْضُ الْحَدِّ ثُمَّ أُخِذَ بَعْدَ مَا تَقَادَّمَ الزَّمَانُ لَا يُقَامُ عَلَيْهِ الْحَدُّ لِأَنَّ الْإِمضاءَ مِنَ الْقَضَاءِ فِي بَابِ الْحُدُودِ.

الشرح:

(بَابُ الشَّهَادَةِ عَلَى الزَّانَا وَالرُّجُوعِ عَنْهَا): قَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ ثُبُوتَ الزَّانَا عِنْدَ الْإِمَامِ إِنَّمَا يَكُونُ بِأَحَدِ شَيْئَيْنِ لَا غَيْرُ، وَهُمَا الشَّهَادَةُ وَالْإِقْرَارُ، وَأَخَّرَ الشَّهَادَةَ هَاهُنَا عَنْ الْإِقْرَارِ لِقِلَّةِ ثُبُوتِ الزَّانَا بِالشَّهَادَةِ وَتُدْرِيهِ حَتَّى لَمْ يُنْقَلْ عَنْ السَّلَفِ ثُبُوتُ الزَّانَا عِنْدَ الْإِمَامِ بِالشَّهَادَةِ، إِذْ رُؤْيَةُ أَرْبَعَةِ رِجَالٍ عُذُولٍ عَلَى الْوَصْفِ الْمَذْكُورِ كَالْمِلِ فِي الْمُكْحَلَةِ

كَمَا فِي الْكِلَابِ فِي غَايَةِ التُّدْرَةِ. قَالَ (وَإِذَا شَهِدَ الشُّهُودُ بِحَدِّ مُتَقَادِمٍ وَلَمْ يَكُونُوا بَعِيدَيْنِ عَنِ الْإِمَامِ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمْ إِلَّا فِي حَدِّ الْقَذْفِ خَاصَّةً) وَأَعَادَ لَفْظَ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لاشْتِمَالِهِ عَلَى زِيَادَةِ إِضَاحٍ وَهِيَ تَعْدِيدُ مَا يُوجِبُ الْحَدَّ صَرِيحًا مِنَ السَّرِقَةِ وَشُرْبِ الْخَمْرِ وَالزُّنَا، وَزِيَادَةِ الْحِينِ الَّذِي اسْتَفَادَ مِنْهُ بَعْضُ الْمَشَايخ قَدْرَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ فِي التَّقَادُمِ، وَزِيَادَةِ إِبْتِاثِ الضَّمَانِ فِي السَّرِقَةِ؛ ثُمَّ كَمَا لَا يُحَدُّ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ لَا تُحَدُّ الشُّهُودُ أَيْضًا حَدَّ الْقَذْفِ فِي الشَّهَادَةِ بِالزُّنَا لِأَنَّ عَدَدَهُمْ مُتَكَامِلٌ وَالْأَهْلِيَّةُ لِلشَّهَادَةِ مَوْجُودَةٌ وَذَلِكَ يَمْنَعُ أَنْ يَكُونَ كَلَامُهُمْ قَذْفًا وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَمَعْنَى قَوْلِهِ مُخَيَّرٌ بَيْنَ حَسَنَتَيْنِ أَجْرَيْنِ مَطْلُوبَيْنِ لَهُ يُقَالُ احْتَسَبْتُ بِكَذَا أَجْرًا، وَالْإِسْمُ الْحِسْبَةُ بِكَسْرِ الْحَاءِ وَهِيَ الْأَجْرُ وَالْجَمْعُ الْحِسَبُ.

وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ حَدِّ السَّرِقَةِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ الدَّعْوَى شَرْطٌ فِي السَّرِقَةِ كَمَا فِي حُقُوقِ الْعِبَادِ، وَمَعَ ذَلِكَ لَوْ شَهِدَ الشُّهُودُ بِسَرِقَةٍ مُتَقَادِمَةٍ لَمْ تُقْبَلْ، فَعَلِمَ بِهَذَا أَنَّ قَبُولَ الشَّهَادَةِ فِي حُقُوقِ الْعِبَادِ بَعْدَ التَّقَادُمِ لَمْ يَكُنْ لَاشْتِرَاطِ الدَّعْوَى.

وَوَجْهُهُ لَا يُسَلَّمُ أَنَّ الدَّعْوَى شَرْطٌ لِلْحَدِّ لِأَنَّهُ خَالِصٌ حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى عَلَى مَا مَرَّ، وَالدَّعْوَى لَيْسَتْ بِشَرْطٍ فِيهِ وَإِنَّمَا هِيَ شَرْطٌ لِلْمَالِ وَهُوَ حَقُّ الْعَبْدِ. وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّ الْحُكْمَ يُدَارُ) جَوَابٌ آخَرُ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الْمَعْنَى الْمُبْطِلَ لِلشَّهَادَةِ فِي التَّقَادُمِ فِي الْحُدُودِ الْخَالِصَةِ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى هُوَ تُهْمَةُ الضَّغِينَةِ وَالْعِدَاوَةِ، وَذَلِكَ أَمْرٌ بَاطِنٌ لَا يُطْلَعُ عَلَيْهِ فَيُدَارُ الْحُكْمُ عَلَى كَوْنِ الْحَدِّ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى سَوَاءً وَجِدَ ذَلِكَ الْمَعْنَى فِي كُلِّ فَرْدٍ أَوْ لَا، كَمَا أُدِيرَ الرُّخْصَةُ عَلَى السَّفَرِ مِنْ غَيْرِ تَوَقُّفٍ عَلَى وُجُودِ الْمَشَقَّةِ فِي كُلِّ فَرْدٍ مِنْ أَفْرَادِهِ. وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّ السَّرِقَةَ) جَوَابٌ آخَرُ. وَوَجْهُهُ أَنَّ السَّرِقَةَ (تُقَامُ عَلَى الْإِسْتِسْرَارِ) لِأَنَّهَا تُوجَدُ فِي ظُلْمِ اللَّيَالِي غَالِبًا (عَلَى غَفْلَةٍ مِنَ الْمَالِكِ) فَلَا يَكُونُ الْمَسْرُوقُ مِنْهُ عَارِفًا بِالشَّهَادَةِ حَتَّى يَسْتَشْهَدَ بِالشَّاهِدِ (فَيَجِبُ عَلَى الشَّاهِدِ إِعْلَامُهُ) فَإِذَا كَتَمَهُ صَارَ أَثَمًا.

وَقَوْلُهُ (ثُمَّ التَّقَادُمُ كَمَا يَمْنَعُ قَبُولَ الشَّهَادَةِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ الْإِمْضَاءَ) أَيِ الْإِسْتِيفَاءِ (مِنْ الْقَضَاءِ) لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْقَضَاءِ فِي حُقُوقِ الْعِبَادِ إِمَّا إِعْلَامُ مَنْ لَهُ الْقَضَاءُ أَوْ التَّمَكِينُ لِمَنْ لَهُ الْقَضَاءُ مِنَ الْإِسْتِيفَاءِ بِالْقَضَاءِ، وَهَذَانِ الْمَعْنَيَانِ يَحْصُلَانِ بِمُجَرَّدِ الْقَضَاءِ فَلَمْ يَتَوَقَّفْ تَمَامُهُ إِلَى الْإِسْتِيفَاءِ، وَأَمَّا اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى فِي حُقُوقِهِ

فَمُسْتَعْنٍ عَنْ هَذَيْنِ الْمَعْنَيْنِ، فَكَانَ الْمَقْصُودُ مِنْهَا التَّيَابَةُ عَنِ اللَّهِ تَعَالَى فِي الْاسْتِيفَاءِ، فَلِذَلِكَ كَانَ الْاسْتِيفَاءُ مِنْ تِمَّةِ الْقَضَاءِ فِي حُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى.

وَاخْتَلَفُوا فِي حَدِّ التَّقَادُّمِ، وَأَشَارَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ إِلَى سِتَّةِ أَشْهُرٍ، فَإِنَّهُ قَالَ بَعْدَ حِينَ، وَهَكَذَا أَشَارَ الطَّحَاوِيُّ، وَأَبُو حَنِيفَةَ لَمْ يُقَدِّرْ فِي ذَلِكَ وَفَوَّضَهُ إِلَى رَأْيِ الْقَاضِي فِي كُلِّ عَصْرِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ قَدَرَهُ بِشَهْرٍ، لِأَنَّهُ مَا دُونَهُ عَاجِلٌ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَهُوَ الْأَصَحُّ. وَهَذَا إِذَا لَمْ يَكُنْ بَيْنَ الْقَاضِي وَبَيْنَهُمْ مَسِيرَةُ شَهْرٍ، أَمَا إِذَا كَانَ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ، لِأَنَّ الْمَانِعَ بَعْدَهُمْ عَنِ الْإِمَامِ فَلَا تَتَحَقَّقُ التَّهْمَةُ. وَالتَّقَادُّمُ فِي حَدِّ الشَّرْبِ كَذَلِكَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ، وَعِنْدَهُمَا يُقَدَّرُ بِزَوَالِ الرَّائِحَةِ عَلَى مَا يَأْتِي فِي بَابِهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

الشرح:

(وَاخْتَلَفُوا فِي حَدِّ التَّقَادُّمِ، وَأَشَارَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ إِلَى سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَإِنَّهُ قَالَ بَعْدَ حِينَ) كَمَا ذَكَرْنَا (وَهَكَذَا أَشَارَ الطَّحَاوِيُّ، وَأَبُو حَنِيفَةَ لَمْ يُقَدِّرْ فِي ذَلِكَ) تَقَلُّ النَّاطِفِيُّ فِي الْأَجْنَسِ عَنْ نَوَادِرِ الْمُعْلَى.

قَالَ أَبُو يُوسُفَ: جَهَدْنَا عَلَى أَبِي حَنِيفَةَ أَنْ يُوقَّتَ فِي ذَلِكَ شَيْئًا فَأَبَى، وَفَوَّضَهُ إِلَى رَأْيِ الْقَاضِي فِي كُلِّ عَصْرِ (وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ قَدَرَهُ بِشَهْرٍ لِأَنَّهُ مَا دُونَهُ عَاجِلٌ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ) ذَكَرَ فِي الْمَجْرَدِ. قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَوْ سَأَلَ الْقَاضِي مَتَى زَنَى بِهَا فَقَالُوا مِنْذُ أَقَلِّ مِنْ شَهْرٍ أُقِيمَ الْحَدُّ، وَإِنْ قَالُوا شَهْرٌ أَوْ أَكْثَرُ دُرِيَ الْحَدُّ.

قَالَ النَّاطِفِيُّ: فَقَدَرَهُ عَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ بِشَهْرٍ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ أَصْلُهُ مَسْأَلَةُ الْيَمِينِ حَلَفَ لِيَقْضِيَنَّ دَيْنَ فُلَانٍ عَاجِلًا فَقَضَاهُ فِيمَا دُونَ الشَّهْرِ بَرٌّ فِي يَمِينِهِ. وَقَوْلُهُ (وَهُوَ الْأَصَحُّ) يَعْنِي تَقْدِيرَ التَّقَادُّمِ بِشَهْرٍ.

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) أَيُّ الَّذِي قُلْنَا مِنْ تَقْدِيرِ التَّقَادُّمِ بِشَهْرٍ (إِذَا لَمْ يَكُنْ بَيْنَ الْقَاضِي وَبَيْنَهُمْ مَسِيرَةُ شَهْرٍ، أَمَا إِذَا كَانَ فَإِنَّهَا تُقْبَلُ لِأَنَّ الْمَانِعَ بَعْدَهُمْ عَنِ الْإِمَامِ فَلَمْ تَتَحَقَّقْ التَّهْمَةُ).

(وَإِذَا شَهِدُوا عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ زَنَى بِفُلَانَةٍ وَفُلَانَةٍ غَائِبَةٍ فَإِنَّهُ يُحَدُّ، وَإِنْ شَهِدُوا أَنَّهُ سَرَقَ مِنْ فُلَانٍ وَهُوَ غَائِبٌ لَمْ يُقْطَعْ) وَالْفَرْقُ أَنَّ بِالْغَيْبَةِ تَتَعَدَّمُ الدَّعْوَى وَهِيَ شَرْطٌ فِي السَّرِقَةِ دُونَ الزِّنَا، وَبِالْحُضُورِ يَتَوَهَّمُ دَعْوَى الشُّبْهَةِ وَلَا مُعْتَبَرٌ بِالْمَوْهُومِ

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا شَهِدُوا عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ زَنَى بِفُلَانَةٍ وَفُلَانَةٍ غَائِبَةٍ فَإِنَّهُ يُحَدُّ) وَكَذَا إِذَا أَقَرَّ بِذَلِكَ (وَإِنْ شَهِدُوا أَنَّهُ سَرَقَ مِنْ فُلَانٍ وَهُوَ غَائِبٌ لَمْ يَقُطَعْ. وَالْفَرْقُ أَنَّ بِالْعِيَةِ تَنْعَدُمُ الدَّعْوَى) لِأَنَّهَا لَا تَصِحُّ عَلَى الْغَائِبِ (وَهِيَ شَرْطٌ فِي السَّرْقَةِ دُونَ الزَّانَا وَبِالْحُضُورِ يُتَوَهَّمُ دَعْوَى الشُّبْهَةِ وَلَا مُعْتَبَرٌ بِالْمَوْهُومِ) لِأَنَّهُ شُبْهَةُ الشُّبْهَةِ، فَالْمُعْتَبَرُ هُوَ الشُّبْهَةُ دُونَ النَّازِلِ عَنْهَا لِثَلَا يَنْسَدُّ بَابُ إِقَامَةِ الْحُدُودِ.

وَيَبَيِّنُ ذَلِكَ أَنَّهَا لَوْ كَانَتْ حَاضِرَةً وَادَّعَتْ التَّكَاحَ سَقَطَ الْحَدُّ لِمَكَانِ شُبْهَةِ الصِّدْقِ مَعَ احْتِمَالِ الْكَذِبِ، فَإِذَا كَانَتْ غَائِبَةً كَانَ الثَّابِتُ عِنْدَ غَيْبَتِهَا احْتِمَالُ وَجُودِ الشُّبْهَةِ وَهُوَ الْمَعْنَى بِشُبْهَةِ الشُّبْهَةِ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ أَحَدُ أَوْلِيَاءِ الْقِصَاصِ غَائِبًا فَإِنَّهُ لَا يَسْتَوْفِي حَتَّى يَحْضُرَ الْغَائِبُ لِاحْتِمَالِ أَنْ يَحْضُرَ الْغَائِبُ فَيَقْرَأَ بِالْعَفْوِ، لِأَنَّهُ لَوْ حَضَرَ وَأَقَرَّ بِهِ سَقَطَ الْقِصَاصُ بِحَقِيقَةِ الْعَفْوِ لَا بِشُبْهَتِهِ، فَإِذَا كَانَ غَائِبًا ثَبَّتُ شُبْهَةُ الْعَفْوِ لَا شُبْهَةُ شُبْهَتِهِ.

(وَإِنْ شَهِدُوا أَنَّهُ زَنَى بِامْرَأَةٍ لَا يَعْرِفُونَهَا لَمْ يُحَدِّ) لِاحْتِمَالِ أَنَّهَا امْرَأَتُهُ أَوْ أُمَّتُهُ بَلْ هُوَ الظَّاهِرُ (وَإِنْ أَقَرَّ بِذَلِكَ حَدًّا)؛ لِأَنَّهُ لَا يَخْفَى عَلَيْهِ أُمَّتُهُ أَوْ امْرَأَتُهُ.

الشرح:

(وَإِنْ شَهِدُوا أَنَّهُ زَنَى بِامْرَأَةٍ لَا يَعْرِفُونَهَا لَمْ يُحَدِّ) لِاحْتِمَالِ أَنَّهَا امْرَأَتُهُ أَوْ أُمَّتُهُ بَلْ هُوَ الظَّاهِرُ لِأَنَّ الظَّاهِرَ مِنْ حَالِ الْمُسْلِمِ أَنْ لَا يَزْنِي، وَالشُّهُودُ لَا يَقْضِلُونَ بَيْنَ زَوْجَتِهِ وَأُمَّتِهِ وَبَيْنَ غَيْرِهِمَا إِلَّا بِالْمَعْرِفَةِ، فَإِذَا لَمْ يَعْرِفُوهَا لَا يُمَكِّنُ إِقَامَةُ الْحَدِّ بِشَهَادَتِهِمْ (وَإِنْ أَقَرَّ بِذَلِكَ) أَيُّ بِالزَّانَا بِامْرَأَةٍ لَا يَعْرِفُهَا (حَدًّا) لِأَنَّهُ لَا يَخْفَى عَلَيْهِ امْرَأَتُهُ أَوْ أُمَّتُهُ).

(وَإِنْ شَهِدَ اثْنَانِ أَنَّهُ زَنَى بِفُلَانَةٍ فَاسْتَكْرَهَهَا وَآخَرَانِ أَنَّهَا طَاوَعَتْهُ دُرَى الْحَدِّ عَنْهُمَا جَمِيعًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَهُوَ قَوْلُ زُهْرٍ (وَقَالَا: يُحَدُّ الرَّجُلُ خَاصَّةً) لَا تَتَّفِقُهُمَا عَلَى الْمَوْجِبِ وَتَقَرَّدَ أَحَدُهُمَا بِزِيَادَةِ جِنَايَةٍ وَهُوَ الْإِكْرَاهُ، بِخِلَافِ جَانِبِهَا؛ لِأَنَّ طَوَاعِيَّتَهَا شَرْطُ تَحَقُّقِ الْمَوْجِبِ فِي حَقِّهَا وَلَمْ يَثْبُتْ لِاخْتِلَافِهِمَا. وَلَهُ أَنَّهُ اخْتَلَفَ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الزَّانَا فَعَلَ وَاحِدًا يَقُومُ بِهِمَا، وَلِأَنَّ شَاهِدِي الطَّوَاعِيَّةِ صَارَا قَاضِيَيْنِ لَهَا. وَإِنَّمَا يَسْقُطُ الْحَدُّ عَنْهُمَا بِشَهَادَةِ شَاهِدِي الْإِكْرَاهِ؛ لِأَنَّ زَنَاها مُكْرَهَةً يَسْقُطُ إِحْصَانُهَا فَصَارَا خَصْمَيْنِ فِي ذَلِكَ

الشرح:

(وَإِنْ شَهِدَ اثْنَانِ أَنَّهُ زَنَى بِفُلَانَةٍ فَاسْتَكْرَهَهَا وَآخَرَانِ أَلْهَى طَاوَعَتْهُ دُرَى الْحَدِّ عَنْهُمَا جَمِيعًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ، وَقَالَا: يُحَدُّ الرَّجُلُ خَاصَّةً لِاتِّفَاقِهِمَا) أَيُّ لَاتِّفَاقِ الْفَرِيقَيْنِ (عَلَى الْمَوْجِبِ) لِلْحَدِّ (وَتَقَرَّدَ أَحَدُهُمَا بِزِيَادَةِ جَنَائِهِ وَهُوَ الْإِكْرَاهُ، بِخِلَافِ جَانِبَيْهَا) فَإِنَّ الْمَوْجِبَ لَمْ يَتَحَقَّقْ (لَأَنَّ طَوَاعِيَّتَهَا شَرْطُ تَحَقُّقِ الْمَوْجِبِ فِي حَقِّهَا فَلَمْ يَثْبُتْ لاختلافهما) فِيهَا وَعَدَمُ الْوُجُوبِ فِي حَقِّهَا لِمَعْنَى غَيْرِ مُشْتَرَكٍ لَا يَمْنَعُ الْوُجُوبَ فِي حَقِّ الرَّجُلِ عِنْدَ وَجُودِ الْمَوْجِبِ فِي حَقِّهِ كَمَا فِي وَطْءِ الصَّغِيرَةِ الْمُشْتَهَاةِ أَوْ الْمَجْنُونَةِ (وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْمَشْهُودَ بِهِ قَدْ اخْتَلَفَ لِأَنَّ الزَّنا فِعْلٌ وَاحِدٌ يَقُومُ بِهِمَا) وَكُلُّ مَا هُوَ فِعْلٌ وَاحِدٌ يَقُومُ بِهِمَا لَا يَتَصِفُ بِوَصْفَيْنِ مُتَضَادَّيْنِ، وَهَؤُلَاءِ أَثْبَتُوا لَهُ وَصْفَيْنِ مُتَضَادَّيْنِ، لِأَنَّ الطَّوْعَ يُوجِبُ اشْتِرَاكَهُمَا فِي الزَّنا وَالْكُرْهَ يُوجِبُ انْفِرَادَ الرَّجُلِ بِهِ وَاجْتِمَاعَهُمَا مُتَعَدِّرٌ، فَكَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِعْلًا خِلَافَ الْآخَرِ فَاخْتَلَفَ الْمَشْهُودُ بِهِ وَلَمْ يَتِمَّ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصَابُ الشَّهَادَةِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّ شَاهِدَيْ الطَّوَاعِيَةِ) دَلِيلٌ آخَرُ. وَتَقْرِيرُهُ لِأَنَّ شَاهِدَيْ الطَّوَاعِيَةِ (صَارَا قَادِفَيْنِ) لَعَدَمِ نِصَابِ الشَّهَادَةِ وَالْقَادِفُ خَصَمٌ وَلَا شَهَادَةُ لِلخَصَمِ وَإِذَا انْتَفَتْ شَهَادَتُهُمَا نَقَصَ نِصَابُ الشَّهَادَةِ فَلَا يَقَامُ بِهَا الْحَدُّ وَكَانَ ذَلِكَ يَقْتَضِي إِقَامَةَ حَدِّ الْقَذْفِ عَلَى شَاهِدَيْ الطَّوَاعِيَةِ (وَلَكِنْ سَقَطَ الْحَدُّ عَنْهُمَا بِشَهَادَةِ شَاهِدَيْ الْإِكْرَاهِ لِأَنَّ زِنَاهَا مُكْرَهَةٌ يَسْقُطُ إِحْصَائُهَا) لَوْجُودِ حَقِيقَةِ الزَّنا مِنْهَا لَكِنْ لَا تَأْتِمُّ بِسَبَبِ الْإِكْرَاهِ.

(وَإِنْ شَهِدَ اثْنَانِ أَنَّهُ زَنَى بِامْرَأَةٍ بِالْكُوفَةِ وَآخَرَانِ أَنَّهُ زَنَى بِهَا بِالْبَصْرَةِ دُرَى الْحَدِّ عَنْهُمَا جَمِيعًا؛) لِأَنَّ الْمَشْهُودَ بِهِ فِعْلُ الزَّنا وَقَدْ اخْتَلَفَ بِاخْتِلَافِ الْمَكَانِ وَلَمْ يَتِمَّ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصَابُ الشَّهَادَةِ وَلَا يُحَدُّ الْمَشْهُودُ خِلَافًا لَزُفَرٍ لِشَبْهِهِ الْاِتِّحَادِ نَظَرًا إِلَى اِتِّحَادِ الصُّورَةِ وَالْمَرَاةِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ شَهِدَ اثْنَانِ أَنَّهُ زَنَى بِامْرَأَةٍ بِالْكُوفَةِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (خِلَافًا لَزُفَرٍ) يَعْنِي أَنَّهُ يَقُولُ يُحَدُّونَ لِأَنَّ شَهَادَتَهُمْ لَمْ تُقْبَلْ لِنَقْصَانِ الْعَدَدِ فَصَارَ كَلَامُهُمْ قَذْفًا، كَثَلَاثَةِ شَهِدُوا عَلَى رَجُلٍ بِالزَّنا فَإِنَّهُمْ يُحَدُّونَ حَدَّ الْقَذْفِ. وَلَنَا مَا ذَكَرَهُ بِقَوْلِهِ (لِشَبْهِهِ

الْإِتِّحَادِ يُرِيدُ شُبْهَةَ اتِّحَادِ الْمَشْهُودِ بِهِ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الشُّبْهَةَ دَارِئَةً فِي الْحُدُودِ بِالْحَدِيثِ وَقَدْ وَجَدْتَ لَأَنَّهُمْ شَهِدُوا وَلَهُمْ أَهْلِيَّةٌ كَامِلَةٌ وَعَدَدٌ كَامِلٌ عَلَى زِنَا وَاحِدٍ صُورَةً فِي زَعْمِهِمْ نَظَرًا إِلَى اتِّحَادِ صُورَةِ النَّسْبَةِ الْحَاصِلَةِ مِنْهُمْ وَاتِّحَادِ الْمَرْأَةِ، وَإِنَّمَا جَاءَ الْاِخْتِلَافُ بِذِكْرِ الْمَكَانِ فَيُثَبِّتُ شُبْهَةَ الْإِتِّحَادِ فِي الْمَشْهُودِ بِهِ فَيَدْرَأُ الْحَدَّ. قِيلَ وَالْحَاصِلُ أَنَّهَا شَهَادَةٌ مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِهِ؛ فَيَالْتَمِزُ إِلَى الْأَوَّلِ لَمْ تُحَدِّثْ الشُّهُودُ، وَبِالْنَّظَرِ إِلَى الثَّانِي لَمْ يُحَدِّثْ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ

(وَإِنْ اِخْتَلَفُوا فِي بَيْتٍ وَاحِدٍ حُدَّ الرَّجُلُ وَالْمَرْأَةُ) مَعْنَاهُ: أَنْ يَشْهَدَ كُلُّ اثْنَيْنِ عَلَى الزَّوْنِ فِي زَاوِيَةٍ، وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ. وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجِبَ الْحَدُّ لِاخْتِلَافِ الْمَكَانِ حَقِيقَةً. وَجْهُ الْاسْتِحْسَانِ أَنَّ التَّوْفِيقَ مُمَكِّنٌ بِأَنْ يَكُونَ ابْتِدَاءُ الْفِعْلِ فِي زَاوِيَةٍ وَالْانْتِهَاءُ فِي زَاوِيَةٍ أُخْرَى بِالْاضْطِرَّابِ، أَوْ لِأَنَّ الْوَاقِعَ فِي وَسْطِ الْبَيْتِ فَيَحْسِبُهُ مَنْ فِي الْمَقْدَمِ فِي الْمَقْدَمِ وَمَنْ فِي الْمُوَخَّرِ فِي الْمُوَخَّرِ فَيَشْهَدُ بِحَسَبِ مَا عِنْدَهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ اِخْتَلَفُوا فِي بَيْتٍ وَاحِدٍ حُدَّ الرَّجُلُ وَالْمَرْأَةُ) ظَاهِرٌ. وَلَا يُقَالُ: إِنَّ ذَلِكَ اِحْتِيَالٌ لَوْجُوبِ الْحَدِّ وَالْحُدُودُ يُحْتَالُ لَدَرْئِهَا لَا لِإِنْبَاتِهَا، لِأَنَّ هَذَا اِحْتِيَالٌ لِقَبُولِ الشَّهَادَةِ وَالشَّهَادَةُ حُجَّةٌ يَجِبُ تَصْحِيحُهَا مَا أَمَكْنَ، ثُمَّ إِذَا قُبِلَتْ كَانَ مِنْ ضَرُورَةِ قَبُولِهَا وَجُوبُ الْحَدِّ. فَإِنْ قِيلَ: فَإِنْ كَانَ كَذَلِكَ فَمَا بِالْكُفِّ لَمْ تُصَحِّحُوا الشَّهَادَةَ فِي مَسْأَلَةِ الْإِكْرَاهِ وَالطَّوَاعِيَةِ عَلَى مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ بِأَنْ يُحْمَلَ عَلَى أَنْ يَكُونَ ابْتِدَاءُ الْفِعْلِ عَنْ إِكْرَاهٍ وَانْتِهَاؤُهُ عَنْ طَوْعٍ. أُجِيبَ بِأَنْ كُلَّ مَا ذُكِرَ فِي مَسْأَلَةِ الْإِكْرَاهِ وَالطَّوَاعِيَةِ لَا يَتَفَاوَتُ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ إِكْرَاهًا مِنْ أَوَّلِهِ إِلَى آخِرِهِ، وَبَيْنَ أَنْ يَكُونَ أَوَّلُهُ إِكْرَاهًا وَآخِرُهُ طَوْعًا لِأَنَّ الْإِكْرَاهَ مُسْقِطٌ لِلْحَدِّ عَنِ الْمَرْأَةِ سَوَاءً كَانَ فِعْلُ الزَّانِ مِنْ أَوَّلِهِ إِلَى آخِرِهِ إِكْرَاهًا أَوْ أَوَّلُهُ إِكْرَاهًا وَآخِرُهُ طَوْعًا، فَلَمَّا كَانَ كَذَلِكَ كَانَ فِي شَهَادَتِهِمْ اِخْتِلَافُ الْمَشْهُودِ بِهِ كَمَا ذَكَرْنَا.

(وَإِنْ شَهِدَ أَرْبَعَةٌ أَنَّهُ زَنَى بِامْرَأَةٍ بِالنَّخِيلَةِ عِنْدَ طُلُوعِ الشَّمْسِ، وَأَرْبَعَةٌ أَنَّهُ زَنَى بِهَا عِنْدَ طُلُوعِ الشَّمْسِ بِدَيْرٍ هِنْدٍ دُرَى الْحَدِّ عَنْهُمْ جَمِيعًا) أَمَّا عَنْهُمَا فَلَأَنَّا تَبَيَّنَّا بِكَذِبِ أَحَدٍ الْفَرِيقَيْنِ غَيْرِ عَيْنٍ، وَأَمَّا عَنِ الشُّهُودِ فَلِاحْتِمَالِ صِدْقِ كُلِّ فَرِيقٍ

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا شَهِدَ أَرْبَعَةٌ أَنَّهُ زَنَى بِامْرَأَةٍ بِالتَّخِيلَةِ عِنْدَ طُلُوعِ الشَّمْسِ وَأَرْبَعَةٌ زَنَى بِهَا عِنْدَ طُلُوعِ الشَّمْسِ بِدَيْرٍ هِنْدٍ ذُرَى الْحَدِّ عَنْهُمْ جَمِيعًا) التَّخِيلَةُ تُصَغِّرُ نَخْلَةَ النَّخْلِ هِيَ وَاحِدَةُ النَّخْلِ: مَوْضِعٌ قَرِيبٌ مِنَ الْكُوفَةِ، وَالْبَاءُ الْمُوَحَّدَةُ الْمَفْتُوحَةُ وَالْجِيمُ تُصْغِفُ لِأَنَّهُ اسْمٌ حَيٌّ مِنَ الْيَمَنِ، وَدَيْرٌ هِنْدٍ لَا يُسَاعَدُ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ أَيْضًا مَوْضِعٌ قَرِيبٌ مِنَ الْكُوفَةِ وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (فَلَا حَتَمَ صِدْقِ كُلِّ فَرِيقٍ) يَعْنِي أَنَّ احْتِمَالَ الصِّدْقِ فِي كَلَامِ كُلِّ مِنَ الْفَرِيقَيْنِ قَائِمٌ، وَشُبْهَةُ الزَّنا تَمْتَنِعُ وَجُوبَ الْحَدِّ عَلَى الْقَاضِي.

(وَإِنْ شَهِدَ أَرْبَعَةٌ عَلَى امْرَأَةٍ بِالزَّنا وَهِيَ بِكَرِّ ذُرَى الْحَدِّ عَنْهُمْ وَعَنْهُمْ): لِأَنَّ الزَّنا لَا يَتَحَقَّقُ مَعَ بَقَاءِ الْبَكَارَةِ، وَمَعْنَى الْمَسْأَلَةِ أَنَّ النِّسَاءَ نَظَرْنَ إِلَيْهَا فَقُلْنَا إِنَّهَا بِكَرٍّ، وَشَهِدَتْهُنَّ حُجَّةٌ فِي إِسْقَاطِ الْحَدِّ وَلَيْسَتْ بِحُجَّةٍ فِي إِجَابِهِ فَلِهَذَا سَقَطَ الْحَدُّ عَنْهُمَا وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِمْ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (ذُرَى الْحَدِّ عَنْهُمَا وَعَنْهُمْ) تَوْضِيحُهُ أَنَّ الزَّنا لَا يَتَحَقَّقُ مَعَ الْبَكَارَةِ، وَشَهَادَةُ النِّسَاءِ حُجَّةٌ فِيمَا لَا إِطْلَاعَ لِلرِّجَالِ عَلَيْهِ خُصُوصًا فِي إِسْقَاطِ الْحَدِّ فَيَسْقُطُ عَنْهُمَا، وَأَمَّا عَنْهُمْ فَلِأَنَّهُ تَكَامَلَ نَصَابُ الشَّهَادَةِ، وَإِنَّمَا امْتَنَعَ حُكْمُهَا بِقَوْلِ النِّسَاءِ وَلَا مَدْخَلَ لِقَوْلِهِنَّ فِي إِثْبَاتِ الْحُدُودِ.

(وَإِنْ شَهِدَ أَرْبَعَةٌ عَلَى رَجُلٍ بِالزَّنا وَهُمْ عُمِيَّانَ أَوْ مَحْدُودُونَ فِي قَذْفٍ أَوْ أَحَدُهُمْ عَبْدٌ أَوْ مَحْدُودٌ فِي قَذْفٍ فَإِنَّهُمْ يُحَدُّونَ) وَلَا يُحَدُّ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَثْبُتُ بِشَهَادَتِهِمُ الْمَالُ فَكَيْفَ يَثْبُتُ الْحَدُّ وَهُمْ لَيْسُوا مِنْ أَهْلِ آدَاءِ الشَّهَادَةِ، وَالْعَبْدُ لَيْسَ بِأَهْلِ لِلتَّحْمُلِ وَالْأَدَاءِ فَلَمْ تَثْبُتْ شُبْهَةُ الزَّنا؛ لِأَنَّ الزَّنا يَثْبُتُ بِالْأَدَاءِ (وَإِنْ شَهِدُوا بِذَلِكَ وَهُمْ فَسَاقٌ أَوْ ظَهَرَ أَنَّهم فَسَاقٌ لَمْ يُحَدُّوا)؛ لِأَنَّ الْفَاسِقَ مِنْ أَهْلِ الْأَدَاءِ وَالتَّحْمُلِ وَإِنْ كَانَ فِي آدَائِهِ نَوْعٌ فَصُورٌ لِتُهْمَةِ الْفَسَقِ. وَلِهَذَا لَوْ قَضَى الْقَاضِي بِشَهَادَةِ فَاسِقٍ يَنْفُذُ عِنْدَنَا، وَيَثْبُتُ بِشَهَادَتِهِمْ شُبْهَةُ الزَّنا، وَبِاعْتِبَارِ فَصُورٍ فِي الْأَدَاءِ لِتُهْمَةِ الْفَسَقِ يَثْبُتُ شُبْهَةُ عَدَمِ الزَّنا فَلِهَذَا امْتَنَعَ الْحَدَّانِ، وَسَيَّاتِي فِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ بِنَاءً عَلَى أَصْلِهِ أَنَّ الْفَاسِقَ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ فَهُوَ كَالْعَبْدِ عِنْدَهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَإِنْ شَهِدَ أَرْبَعَةٌ عَلَى رَجُلٍ بِالزُّنَا وَهُمْ عُمَيَّانٌ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ الزُّنَا يَثْبُتُ بِالْأَدَاءِ) أَيُّ يَظْهَرُ عِنْدَ الْإِمَامِ بِأَدَاءِ الشُّهُودِ الشَّهَادَةَ، وَلَا أَدَاءَ لِلْعُمَيَّانِ وَالْعَبِيدِ وَالْمَحْدُودِينَ فِي الْقَذْفِ لَا كَامِلًا وَلَا نَاقِصًا، فَأَنْقَلَبَتْ شَهَادَتُهُمْ قَذْفًا لَأَنَّهُمْ نَسَبُوهُمَا إِلَى الزُّنَا وَلَمْ تَكُنْ نِسْبَتُهُمَا إِلَى الزُّنَا شَهَادَةً فَكَانَتْ قَذْفًا ضَرْوَرَةً. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ الْفَاسِقَ مِنْ أَهْلِ الْأَدَاءِ وَالتَّحْمُلِ) يَعْنِي بِالنَّصِّ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا فَالْأَمْرُ بِالتَّيَبُّنِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الْفَاسِقَ مِنْ أَهْلِ الْأَدَاءِ، لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ أَهْلًا لَمَّا أُمِرَ بِالتَّيَبُّنِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الْعَبْدَ إِذَا شَهِدَ يُؤْمَرُ بِالرَّدِّ لَا بِالتَّيَبُّنِ. وَذَكَرَ الْإِمَامُ قَاضِي خَانُ أَنَّ الشُّهُودَ ثَلَاثَةٌ: شَاهِدٌ لَهُ أَهْلِيَّةُ التَّحْمُلِ وَالْأَدَاءِ بِصِفَةِ الْكَمَالِ وَهُوَ الْعَدْلُ، وَشَاهِدٌ لَهُ أَهْلِيَّةُ التَّحْمُلِ وَالْأَدَاءِ لَكِنْ بِصِفَةِ النُّقْصَانِ وَالْقُصُورِ وَهُوَ الْفَاسِقُ، وَشَاهِدٌ لَهُ أَهْلِيَّةُ التَّحْمُلِ وَلَيْسَ لَهُ أَهْلِيَّةُ الْأَدَاءِ كَالْأَعْمَى وَالْمَحْدُودِ فِي الْقَذْفِ وَلِهَذَا يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ بِهِمَا

(وَإِنْ نَقَصَ عَدَدُ الشُّهُودِ عَنْ أَرْبَعَةٍ حُدُّوا)؛ لِأَنَّهُمْ قَدْ فَتَقَدُّوا إِذْ لَا حِسْبَةَ عِنْدَ نُقْصَانِ الْعَدَدِ وَخُرُوجِ الشَّهَادَةِ عَنِ الْقَذْفِ بِاعْتِبَارِهَا.

الشرح:

(وَإِنْ نَقَصَ عَدَدُ الشُّهُودِ عَنْ أَرْبَعَةٍ حُدُّوا لِأَنَّهُمْ قَدْ فَتَقَدُّوا، إِذْ لَا حِسْبَةَ عِنْدَ نُقْصَانِ الْعَدَدِ) فَإِنَّ الشَّاهِدَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ حِسْبَتَيْنِ عَلَى مَا مَرَّ وَهَاهُنَا لَمْ يُوجَدْ مِنْهُ حِسْبَةُ السِّرِّ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَلَا حِسْبَةَ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ أَيْضًا لِنُقْصَانِ عَدَدِهِمْ، فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤] وَإِذَا لَمْ تُوجَدْ الْحِسْبَةُ ثَبَتَ الْقَذْفُ لِأَنَّ خُرُوجَ الشَّهَادَةِ عَنِ الْقَذْفِ إِمَّا كَانَ بِاعْتِبَارِ الْحِسْبَةِ.

(وَإِنْ شَهِدَ أَرْبَعَةٌ عَلَى رَجُلٍ بِالزُّنَا فَضْرِبَ بِشَهَادَتِهِمْ ثُمَّ وَجِدَ أَحَدَهُمْ عَبْدًا أَوْ مَحْدُودًا فِي قَذْفٍ فَإِنَّهُمْ يُحْدُون)؛ لِأَنَّهُمْ قَدْ فَتَقَدُّوا إِذْ الشُّهُودُ ثَلَاثَةٌ (وَلَيْسَ عَلَيْهِمْ وَلَا عَلَى بَيْتِ الْمَالِ أَرَشُ الضَّرْبِ، وَإِنْ رُجِمَ قَدِيئُهُ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ: أَرَشُ الضَّرْبِ أَيْضًا عَلَى بَيْتِ الْمَالِ) قَالَ الْعَبْدُ الضَّعِيفُ عَصَمَهُ اللَّهُ: مَعْنَاهُ إِذَا كَانَ جَرَحَهُ، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ إِذَا مَاتَ مِنَ الضَّرْبِ، وَعَلَى هَذَا إِذَا رَجَعَ الشُّهُودُ لَا يَضْمَنُونَ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا

يُضْمَنُونَ.

لَهُمَا أَنْ الْوَاجِبَ بِشَهَادَتِهِمْ مُطْلَقُ الضَّرْبِ، إِذَا الْاحْتِرَازُ عَنِ الْجَرَحِ خَارِجٌ عَنِ الْوُسْعِ
فَيَنْتَظِمُ الْجَارِحُ وَغَيْرُهُ فَيُضَافُ إِلَى شَهَادَتِهِمْ فَيُضْمَنُونَ بِالرُّجُوعِ، وَعِنْدَ عَدَمِ الرُّجُوعِ
تَجِبُ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ؛ لِأَنَّهُ يَنْتَقِلُ فِعْلُ الْجَلَادِ إِلَى الْقَاضِي وَهُوَ عَامِلٌ لِلْمُسْلِمِينَ فَتَجِبُ
الْغَرَامَةُ فِي مَالِهِمْ فَصَارَ كَالرَّجْمِ وَالْقِصَاصِ. وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْوَاجِبَ هُوَ الْجَلْدُ وَهُوَ
ضَرْبٌ مُؤَلَّمٌ غَيْرُ جَارِحٍ وَلَا مُهْلِكٍ، فَلَا يَقَعُ جَارِحًا ظَاهِرًا إِلَّا لَمَعْنَى فِي الضَّارِبِ وَهُوَ قِلَّةُ
هِدَايَتِهِ فَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الضَّمَانُ فِي الصَّحِيحِ كَيْ لَا يَمْتَنِعَ النَّاسُ
عَنِ الْإِقَامَةِ مَخَافَةَ الْغَرَامَةِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ شَهِدَ أَرْبَعَةٌ عَلَى رَجُلٍ بِالزَّانَا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَعِنْدَهُمَا يَضْمَنُونَ) أَيُّ
أَرُشَ الْجِرَاحَةِ إِذَا لَمْ يَمُتْ وَالِدِيَّةُ إِنْ مَاتَ. (قَوْلُهُ فَصَارَ كَالرَّجْمِ وَالْقِصَاصِ) يَعْنِي إِذَا
شَهِدُوا الشُّهُودُ فَرَجِمَ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ أَوْ قُتِلَ ثُمَّ رَجَعُوا يَضْمَنُونَ الدِّيَّةَ. وَوَجْهُ أَبِي
حَنِيفَةَ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (فِي الصَّحِيحِ) يَعْنِي فِي الصَّحِيحِ مِنَ الرُّوَايَةِ، ذَكَرَ فِي مَبْسُوطٍ
فَخَرِ الْإِسْلَامِ.

وَلَوْ قَالَ قَاتِلٌ يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَى الْجَلَادِ فَلَهُ وَجْهٌ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَأْمُورٍ بِهَذَا الْوَجْهِ
لِأَنَّهُ أَمَرَ بِضَرْبِ مُؤَلَّمٍ لَا جَارِحٍ وَلَا كَاسِرٍ وَلَا قَاتِلٍ، فَإِذَا وَجِدَ مِنْهُ الضَّرْبُ عَلَى هَذِهِ
الْوُجُوهِ يَقَعُ فِعْلُهُ تَعْدِيًّا فَيَجِبُ عَلَيْهِ الضَّمَانُ. وَذَكَرَ فِي كِتَابِ الْإِيضَاحِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ
لَأَبِي حَنِيفَةَ وَجْهًا حَسَنًا، وَهُوَ أَنَّ الْإِضَافَةَ إِلَى الشُّهُودِ مِنْ حَيْثُ الْإِيجَابُ دُونَ الْإِيجَادِ،
وَالْأَثَرُ الْحَاصِلُ مُوجِبٌ وَجُودَ الضَّرْبِ لَا مُوجِبٌ وَجُوبُهُ فَلَمْ يَكُنْ مُضَافًا إِلَى الشَّهَادَةِ
فَلَا يَجِبُ عَلَيْهِمُ الضَّمَانُ.

(وَإِنْ شَهِدَ أَرْبَعَةٌ عَلَى شَهَادَةِ أَرْبَعَةٍ عَلَى رَجُلٍ بِالزَّانَا لَمْ يُحَدِّ) لَمَّا فِيهَا مِنْ زِيَادَةِ
الشُّبْهَةِ وَلَا ضَرُورَةٍ إِلَى تَحْمِلِهَا (فَإِنْ جَاءَ الْأَوَّلُونَ فَشَهِدُوا عَلَى الْمُعَايِنَةِ فِي ذَلِكَ الْمَكَانِ لَمْ
يُحَدِّ أَيْضًا) مَعْنَاهُ شَهِدُوا عَلَى ذَلِكَ الزَّانَا بِعَيْنِهِ؛ لِأَنَّ شَهَادَتَهُمْ قَدْ رُدَّتْ مِنْ وَجْهِ بَرْدِ شَهَادَةِ
الضُّرُوعِ فِي عَيْنِ هَذِهِ الْحَادِثَةِ إِذْ هُمْ قَائِمُونَ مَقَامَهُمْ بِالْأَمْرِ وَالتَّحْمِيلِ، وَلَا يُحَدِّ الشُّهُودُ؛
لِأَنَّ عَدَدَهُمْ مُتَكَامِلٌ وَامْتِنَاعُ الْحَدِّ عَلَى الشُّهُودِ عَلَيْهِ لِنَوْعِ شُبْهَتِهِ. وَهِيَ كَافِيَةٌ لِدَرْءِ الْحَدِّ

لا لإيجابه

الشرح:

وقوله (لما فيها من زيادة الشبهة) معناه لما فيها من شبهة زادت على الأصل لم تكن فيه، فإن الكلام إذا تداولته الألسنة يمكن فيه زيادة ونقصان. قوله (إذ هم قائمون مقامهم) أي الفروع قائمة مقام الأصول، فكان الرد لشهادة الفروع ردًا لشهادة الأصول، وذلك لأن الموضع الذي تقبل فيه شهادة الفروع تقبل فيه شهادة الأصول، وفي الموضع الذي ترد يتعدى ردّها إلى شهادة الأصول من وجه وذلك شبهة. وقوله (ولا تحدد الشهود) يعني الأصول والفروع (لأن عددهم متكامل) والأهلية موجودة (وإمتناع الحد على المشهود عليه لنوع شبهة) وهو شبهة عدم التحميل في الفروع، وشبهة الرد في الأصول (وهي كافية للدرء لا لإيجابه) لأن الشبهة مسقط للحد لا موجبة له.

(وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فرجم فكلما رجع واحد حد الرجوع وحده وغرم ريع الديّة) أما الغرامة فلأنه بقي من يبقى بشهادته ثلاثه أرباع الحق فيكون الثالث بشهادة الرجوع ربع الحق. وقال الشافعي: يجب القتل دون المال بناء على أصله في شهود القصاص، وسببته في الديات إن شاء الله تعالى، وأما الحد فمذهب علمائنا الثلاثية وقال زفر لا يحد؛ لأنه إن كان الرجوع قاذف حي فقد بطل بالموت، وإن كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي فيورث ذلك شبهة. ولنا أن الشهادة إنما تنقلب قذفًا بالرجوع؛ لأن به تفسخ شهادته فجعل للحال قذفًا للميت وقد انفسخت الحجة فينفسخ ما يثبتني عليه وهو القضاء في حقه فلا يورث الشبهة، بخلاف ما إذا قذفه غيره؛ لأنه غير محصن في حق غيره لقيام القضاء في حقه (فإن لم يحد المشهود عليه حتى رجع واحد منهم حدوا جميعًا وسقط الحد عن المشهود عليه).

وقال محمد: حد الرجوع خاصّة؛ لأن الشهادة تأكدت بالقضاء فلا يفسخ إلا في حق الرجوع، كما إذا رجع بعد الإمضاء. ولهما أن الإمضاء من القضاء فصار كما إذا رجع واحد منهم قبل القضاء ولهذا سقط الحد عن المشهود عليه. ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعًا. وقال زفر: يحد الرجوع خاصّة؛ لأنه لا يصدق على غيره. ولنا

أَنْ كَلَامَهُمْ قَذْفٌ فِي الْأَصْلِ وَإِنَّمَا يَصِيرُ شَهَادَةٌ بِاتِّصَالِ الْقَضَاءِ بِهِ، فَإِذَا لَمْ يَتَّصِلْ بِهِ بَقِيَ قَذْفًا فَيُحَدِّثُونَ (فَإِنْ كَانُوا خَمْسَةً فَرَجَعَ أَحَدُهُمْ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ)؛ لِأَنَّهُ بَقِيَ مَنْ يَبْقَى بِشَهَادَتِهِ كُلُّ الْحَقِّ وَهُوَ شَهَادَةُ الْأَرْبَعَةِ (فَإِنْ رَجَعَ آخَرُ حُدَا وَغَرِمَا رُبْعَ الدِّيَةِ) أَمَّا الْحَدُّ فَلَمَّا ذَكَرْنَا وَأَمَّا الْغَرَامَةُ فَلَأَنَّهُ بَقِيَ مَنْ يَبْقَى بِشَهَادَتِهِ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الْحَقِّ، وَالْمُعْتَبَرُ بَقَاءُ مَنْ بَقِيَ لَا رُجُوعُ مَنْ رَجَعَ عَلَى مَا عُرِفَ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا شَهِدَ أَرْبَعَةٌ عَلَى رَجُلٍ بِالزُّنَا) هَذَا شُرُوعٌ فِي بَيَانِ الرُّجُوعِ عَنْ الشَّهَادَةِ فِي الزُّنَا وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ قَاذِفٌ حَيٌّ فَقَدْ بَطَلَ بِالْمَوْتِ يَعْنِي لِأَنَّ حَدَّ الْقَذْفِ لَا يُورَثُ (وَإِنْ كَانَ قَاذِفٌ مَيِّتٌ فَهُوَ مَرْجُومٌ بِحُكْمِ الْقَاضِي) وَذَلِكَ إِنْ لَمْ يُسْقَطِ الْإِحْصَانُ فَلَا أَقْلَ مِنْ إِبْرَآثِ الشُّبْهَةِ وَالْحَدُّ يَسْقُطُ بِهَا (وَلَنَا أَنَّ الشَّهَادَةَ تَتَغَلَّبُ قَذْفًا بِالرُّجُوعِ) عَنْهَا لِأَنَّهَُا تَنْفَسِخُ بِهِ، وَإِذَا انْفَسَخَتْ كَانَتْ قَذْفًا لَا تُنْفَاءُ الْحَسِبَتَيْنِ جَمِيعًا (فَجُعِلَ لِلْحَالِ قَذْفًا لِلْمَيِّتِ) وَإِذَا انْقَلَبَتْ قَذْفًا فَقَدْ انْفَسَخَتْ حُجَّتُهَا، وَإِذَا انْفَسَخَتْ حُجَّتُهَا انْفَسَخَ مَا يُبْنَى عَلَيْهَا وَهُوَ الْقَضَاءُ، وَإِذَا انْفَسَخَ الْقَضَاءُ انْدَفَعَ الْقَوْلُ بِكَوْنِهِ مَرْجُومًا بِحُكْمِ الْقَاضِي فَلَا يَسْقُطُ الْإِحْصَانُ وَلَا يُورَثُ الشُّبْهَةُ فَيَجِبُ حَدُّ قَاذِفِهِ، لَكِنْ قِيدَ بِقَوْلِهِ فِي حَقِّهِ لِأَنَّهُ زَعَمَ أَنَّ شَهَادَتَهُ لَيْسَتْ بِحُجَّةٍ وَزَعَمَهُ فِي حَقِّ نَفْسِهِ مُعْتَبَرٌ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَذَفَ غَيْرَهُ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُحْصَنٍ فِي حَقِّ غَيْرِهِ لِقِيَامِ الْقَضَاءِ فِي حَقِّهِ، لِأَنَّ قَضَاءَ الْقَاضِي فِي زَعْمِهِ صَحِيحٌ مُتَقَرَّرٌ، فَكَانَ قَذْفُهُ وَاقِعًا فِي حَقِّ غَيْرِ الْمُحْصَنِ فَلَا يَجِبُ حَدُّ الْقَذْفِ.

وَلِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: الْقَضَاءُ لَوْ كَانَ قَائِمًا فِي زَعْمِهِمْ وَجَبَ الْحَدُّ لَا مَحَالَةَ، فَإِذَا كَانَ قَائِمًا فِي زَعْمِ دُونَ زَعْمِ كَانَ قَائِمًا مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ، وَمِثْلُهُ يُورَثُ الشُّبْهَةُ الدَّارِئَةُ لِلْحَدِّ. وَاعْتَرَضَ أَيْضًا بِأَنَّ أَحَدَ الشُّهُودِ لَوْ ظَهَرَ عَبْدًا بَعْدَ الرَّجْمِ لَمْ يُحَدِّ الشُّهُودُ حَدَّ الْقَذْفِ بِالْإِجْمَاعِ، وَلَوْ ظَهَرَ أَحَدُهُمْ عَبْدًا بَعْدَ الْجُلْدِ حَدًّا وَمَا ذَلِكَ إِلَّا لِأَنَّ الْقَذْفَ إِنْ ثَبَتَ بِالشَّهَادَةِ ثَبَتَ مِنْ وَقْتِ الشَّهَادَةِ كَمَا قَالَ زُفَرٌ. وَمَنْ قَذَفَ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ الْمَقْذُوفُ لَا يُحَدُّ الْقَاذِفُ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ أَحَدَهُمْ إِذَا ظَهَرَ عَبْدًا عُلِمَ أَنَّ شَهَادَتَهُمْ لَمْ تَكُنْ شَهَادَةً بَلْ كَانَتْ

قَدْذَا فِي ذَلِكَ الْوَقْتُ لَعَدَمِ أَهْلِيَّةِ الشَّهَادَةِ لِأَنَّ الْعَبْدَ لَا شَهَادَةَ لَهُ، فَإِنْ كَانَ الْحَدُّ جَلْدًا فَقَدْ قَذَفَ حَيًّا فَيُحَدُّ، وَإِنْ كَانَ رَجْمًا قَذَفَ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ فَلَا يُحَدُّ، بِخِلَافِ مَا نَحْنُ فِيهِ فَإِنَّهَا كَانَتْ شَهَادَةً فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ، وَبِالرُّجُوعِ انْقَلَبَتْ قَدْذَا بَعْدَ الْمَوْتِ فَكَانَ قَاذِفًا لِلْمَيِّتِ فَيُحَدُّ.

وَقَوْلُهُ (فَإِنْ لَمْ يُحَدِّ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَلَنَا أَنْ كَلَامَهُمْ قَذَفَ فِي الْأَصْلِ) يَعْنِي لَكُونَهُ صَرِيحًا فِيهِ لَكِنْ سُلِبَ عَنْهُ ذَلِكَ إِذَا صَارَ شَهَادَةً (وَأَلَمَّا يَصِيرُ شَهَادَةً بِاتِّصَالِ الْقَضَاءِ بِهِ، فَإِذَا لَمْ يَتَّصِلْ بِهِ بَقِيَ قَدْذَا) وَهَذَا يُنَاقِضُ مَا تَقَدَّمَ؛ لِأَنَّهُ قَالَ هُنَاكَ: إِنَّ الشَّهَادَةَ إِنَّمَا تَنْقَلِبُ قَدْذَا بِالرُّجُوعِ وَهَاهُنَا قَالَ: إِنَّهَا قَذَفٌ، وَأَلَمَّا تَصِيرُ شَهَادَةً بِاتِّصَالِ الْقَضَاءِ بِهَا. وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بِأَنَّهُ لَا مُنَافَاةَ بَيْنَهُمَا لِأَنَّهُ قَذَفَ فِي الْأَصْلِ، وَأَلَمَّا يَصِيرُ شَهَادَةً بِاتِّصَالِ الْقَضَاءِ بِهِ ثُمَّ يَعُودُ إِلَى مَا كَانَ بِالرُّجُوعِ، وَعَلَى هَذَا لَا يَرِدُ قَوْلُ مَنْ يَقُولُ: إِنَّ فِيمَا قَالَ أَصْحَابُنَا مُوَآخَذَةً مَنْ لَمْ يَرْجِعْ بِذَنْبٍ مَنْ رَجَعَ.

وَقَدْ قَالَ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ [الأنعام: ١٦٤] لِأَنَّ الْكُلَّ قَذْفَةٌ عِنْدَ عَدَمِ اتِّصَالِ الْقَضَاءِ بِالشَّهَادَةِ، فَكُلُّ مِنْهُمْ مُوَآخَذٌ بِذَنْبِهِ لَا بِذَنْبِ غَيْرِهِ. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ كَانُوا خَمْسَةً فَرَجَعَ أَحَدُهُمْ) يَعْنِي بَعْدَ الرَّجْمِ لِأَنَّ وَضْعَ الْمَسْأَلَةِ فِي ذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (فَلَمَّا ذَكَرْنَا) إِشَارَةً إِلَى مَا قَالَ مِنْ قَبْلُ. وَلَنَا أَنَّ الشَّهَادَةَ إِنَّمَا تَنْقَلِبُ قَدْذَا إِخْ، وَمَعْنَاهُ يُحَدِّانِ جَمِيعًا، لِأَنَّهُ لَمَّا رَجَعَ الثَّانِي لَمْ يَبْقَ مِنَ الشُّهُودِ مَنْ تَتِمُّ بِهِ الْحُجَّةُ، وَقَدْ انْفَسَخَتْ الشَّهَادَةُ فِي حَقِّهِمَا بِالرُّجُوعِ فَيُحَدِّانِ.

فَإِنْ قِيلَ: الْأَوَّلُ مِنْهُمَا حِينَ رَجَعَ لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ حَدٌّ وَلَا ضَمَانٌ، فَلَوْ لَزِمَهُ ذَلِكَ لَكَانَ لَزُومُهُ بِرُّجُوعِ الثَّانِي وَرُّجُوعِ غَيْرِهِ لَا يَكُونُ مُلْزِمًا إِثْبَاهًا بِالْحَدِّ. أُجِيبَ بِأَنَّ الْحَدَّ لَمْ يَجِبْ لَا لِانْعِدَامِ السَّبَبِ بَلْ لَوْجُودِ الْمَانِعِ وَهُوَ بَقَاءُ الْحُجَّةِ التَّامَّةِ، فَإِذَا زَالَ الْمَانِعُ بِرُّجُوعِ الثَّانِي وَجَبَ الْحَدُّ عَلَى الْأَوَّلِ بِالسَّبَبِ الْمُتَقَرَّرِ لَا بِزَوَالِ الْمَانِعِ، وَلَوْ اعْتَبَرْنَا هَذَا الْمَعْنَى لَوَجَبَ الْقَوْلُ بِأَنَّهُمْ لَوْ رَجَعُوا مَعًا لَمْ يُحَدِّ وَاحِدٌ مِنْهُمْ لِأَنَّ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ لَا يَلْزِمُهُ شَيْءٌ بِرُّجُوعِهِ وَحْدَهُ لَوْ تَبَتَّ أَصْحَابُهُ عَلَى الشَّهَادَةِ، وَهَذَا بَعِيدٌ.

(وَإِنْ شَهِدَ أَرْبَعَةً عَلَى رَجُلٍ بِالزَّانَا فَزَكُّوا فَزَكُّوا فَزَكُّوا فَإِذَا الشُّهُودُ مَجْجُوسٌ أَوْ عَبِيدٌ فَالِدِيَّةُ عَلَى الْمَرْكُوبِينَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) مَعْنَاهُ إِذَا رَجَعُوا عَنِ التَّزْكِيَةِ (وَقَالَا هُوَ عَلَى بَيْتِ

الْمَالِ) وَقِيلَ هَذَا إِذَا قَالُوا تَعَمَّدْنَا التَّرَكِيَّةَ مَعَ عِلْمِنَا بِحَالِهِمْ، لَهُمَا أَنَّهُمْ أَثْنَوْا عَلَى الشُّهُودِ خَيْرًا فَصَارَ كَمَا إِذَا أَثْنَوْا عَلَى الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ خَيْرًا بِأَن شَهِدُوا بِإِحْصَانِهِ. وَلَهُ أَنْ الشَّهَادَةُ إِنَّمَا تَصِيرُ حُجَّةً عَامِلَةً بِالتَّرَكِيَّةِ، فَكَانَتِ التَّرَكِيَّةُ فِي مَعْنَى عِلَّةِ الْعِلَّةِ فَيُضَافُ الْحُكْمُ إِلَيْهَا بِخِلَافِ شُهُودِ الْإِحْصَانِ؛ لِأَنَّهُ مُحْضُ الشَّرْطِ. وَلَا فَرْقَ بَيْنَ مَا إِذَا شَهِدُوا بِلَفْظَةِ الشَّهَادَةِ أَوْ أَخْبَرُوا، وَهَذَا إِذَا أَخْبَرُوا بِالْحُرِّيَّةِ وَالْإِسْلَامِ، أَمَا إِذَا قَالُوا هُمْ عُدُولٌ وَظَهَرُوا عَبِيدًا لَا يَضْمَنُونَ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ قَدْ يَكُونُ عَدْلًا، وَلَا ضَمَانَ عَلَى الشُّهُودِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقَعْ كَلَامُهُمْ شَهَادَةً، وَلَا يُحْدِثُونَ حَدَّ الْقَذْفِ؛ لِأَنَّهُمْ قَذَفُوا حَيًّا وَقَدْ مَاتَ فَلَا يُوْرَثُ عَنْهُ.

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ شَهِدَ أَرْبَعَةٌ عَلَى رَجُلٍ بِالزُّنَا فَرُكُوا) التَّرَكِيَّةُ مِنْ زَكَّى نَفْسَهُ إِذَا مَدَحَهَا، وَتَرَكِيَّةُ الشُّهُودِ الْوَصْفُ بِكُونِهِمْ أَزْكَيَاءَ، وَإِنْ شَهِدَ أَرْبَعَةٌ عَلَى رَجُلٍ بِالزُّنَا فَرُكُوا (فَرُجِمَ فَظَهَرَ الشُّهُودُ مَجُوسًا أَوْ عَبِيدًا فَالذِّئْبَةُ عَلَى الْمُزَكِّينَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، مَعْنَاهُ إِذَا رَجَعُوا عَنِ التَّرَكِيَّةِ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: هُوَ) أَيُّ الضَّمَّانِ (عَلَى بَيْتِ الْمَالِ) وَلَمَّا كَانَ قَوْلُهُ رَجَعُوا عَنِ التَّرَكِيَّةِ مُحْتَمِلًا أَنْ يَكُونَ الرَّجُوعُ بِأَنْ يَقُولُوا أَخْطَأْنَا وَذَلِكَ لَا يُوجِبُ الضَّمَانَ بِالِاتِّفَاقِ وَأَنْ يَكُونَ بِأَنْ يَقُولُوا تَعَمَّدْنَا التَّرَكِيَّةَ مَعَ عِلْمِنَا بِحَالِهِمْ وَهُوَ مُحَلُّ النِّزَاعِ.

قَالَ (وَقِيلَ هَذَا إِذَا قَالُوا) يَعْنِي لَوْ قَالُوا أَخْطَأْنَا لَمَّا وَجَبَ الضَّمَّانُ بِالِاتِّفَاقِ، قَالَا: الْمَزْكُونُ مَا أُثْبِتُوا سَبَبُ الْإِثْلَافِ لِأَنَّهُ هُوَ الزُّنَا وَمَا تَعَرَّضُوا لَهُ، وَإِنَّمَا أَثْنَوْا عَلَى الشُّهُودِ خَيْرًا فَكَانَ كَمَا إِذَا أَثْنَوْا عَلَى الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ خَيْرًا فَكَانُوا فِي الْمَعْنَى كَشُّهُودِ الْإِحْصَانِ، إِذْ إِنْ أُوْلِيكَ أَثْبِتُوا خِصَالًا حَمِيدَةً فِي الزَّانِي وَهَؤُلَاءِ أُثْبِتُوا خِصَالًا حَمِيدَةً فِي الشَّاهِدِ، فَكَمَا لَا ضَمَانَ عَلَى أُوْلِيكَ كَذَلِكَ لَا ضَمَانَ عَلَى هَؤُلَاءِ. وَقَوْلُهُ (وَلَهُ أَنْ الشَّهَادَةُ) ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) يَعْنِي وَجُوبَ الضَّمَّانِ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ لَمْ يَقَعْ كَلَامُهُمْ شَهَادَةً) فِيهِ نَظَرٌ لَمَّا تَقَدَّمَ أَنَّ كَلَامَ كُلِّ مِنْهُمْ يَصِيرُ شَهَادَةً بِاتِّصَالِ الْقَضَاءِ بِهِ وَقَدْ اتَّصَلَ بِهِ الْقَضَاءُ، فَمَا وَجْهُ قَوْلِهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقَعْ كَلَامُهُمْ شَهَادَةً؟ وَالْجَوَابُ أَنَّ الْقَضَاءَ لَمَّا ظَهَرَ خَطْوُهُ يَبْقَيْنِ صَارَ كَأَنْ لَمْ يَكُنْ فَلَمْ يَتَّصِلِ الْقَضَاءُ بِكَلَامِهِمْ فَلَمْ يَصِرْ شَهَادَةً.

فَإِنْ قِيلَ: فَلَمْ لَا تَحُدُّ الشُّهُودُ؟ قُلْتُ: لِأَنَّهُمْ قَذَفُوا حَيًّا ثُمَّ مَاتَ فَلَا يُورَثُ عَنْهُ، وَإِلَيْهِ
الإِشَارَةُ فِي الْكِتَابِ.

لَا يُقَالُ: لَمْ لَمْ يُجْعَلْ قَذْفًا لِلْمَيِّتِ لِلْحَالِ بِطَرِيقِ الْإِنْقِلَابِ كَمَا فِي صُورَةِ
الرُّجُوعِ عَنِ الشَّهَادَةِ. لِأَنَّا نَقُولُ: عِلَّةُ الْإِنْقِلَابِ الرُّجُوعُ عَنِ الشَّهَادَةِ وَلَمْ يُوجَدْ. فَإِنْ
قِيلَ: لَمْ لَا يَكُونُ ظُهُورُهُمْ عَيِّدًا أَوْ مَجُوسًا عِلَّةً لِلْإِنْقِلَابِ كَالرُّجُوعِ؟ فَالْجَوَابُ أَنَّ
الْإِنْقِلَابَ صَيْرُورَةَ الشَّهَادَةِ قَذْفًا، وَكَلَامُهُمْ لَمْ يَفَعْ شَهَادَةً.

(وَإِذَا شَهِدَ أَرْبَعَةً عَلَى رَجُلٍ بِالزَّانَا فَأَمَرَ الْقَاضِي بِرَجْمِهِ فَضَرَبَ رَجُلٌ عُنُقَهُ ثُمَّ
وَجَدَ الشُّهُودَ عَيِّدًا فَعَلَى الْقَاتِلِ الدِّيَّةُ) وَفِي الْقِيَاسِ يَجِبُ الْقِصَاصُ؛ لِأَنَّهُ قَتَلَ نَفْسًا
مَعْصُومَةً بِغَيْرِ حَقٍّ. وَجَهُ الْاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْقَضَاءَ صَحِيحٌ ظَاهِرًا وَقَدْ قَتَلَ فَأُورِثَ شُبُهَةً،
بِخِلَافِ مَا إِذَا قَتَلَهُ قَبْلَ الْقَضَاءِ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ لَمْ تَصِرْ حُجَّةً بَعْدُ، وَلَئِنَّ ظَنَّهُ مَبَاحَ الدِّمِّ
مُعْتَمِدًا عَلَى دَلِيلٍ مُبِيحٍ فَصَارَ كَمَا إِذَا ظَنَّهُ حَرَبِيًّا وَعَلَيْهِ عِلَامَتُهُمْ، وَتَجِبُ الدِّيَّةُ فِي
مَالِهِ؛ لِأَنَّهُ عَمْدٌ، وَالْعَوَاقِلُ لَا تَعْقِلُ الْعَمْدَ، وَيَجِبُ ذَلِكَ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ؛ لِأَنَّهُ وَجَبَ بِنَفْسِ
الْقَتْلِ (وَإِنْ رُجِمَ ثُمَّ وَجِدُوا عَيِّدًا فَالدِّيَّةُ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ)؛ لِأَنَّهُ امْتَثَلَ أَمْرَ الْإِمَامِ فَتَقَلَّ
فِعْلُهُ إِلَيْهِ، وَلَوْ بَاشَرَهُ بِنَفْسِهِ تَجِبُ الدِّيَّةُ فِي بَيْتِ الْمَالِ لَمَا ذَكَرْنَا كَذَا هَذَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا
ضَرَبَ عُنُقَهُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَأْتِمِرْ أَمْرُهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَجَهُ الْاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْقَضَاءَ صَحِيحٌ ظَاهِرًا وَقَدْ قَتَلَ) يَعْنِي أَنَّ الْقَضَاءَ
وُجِدَ صُورَةً وَصُورَةُ قَضَاءِ الْقَاضِي تَكْفِي لِإِبْرَاطِ الشُّبُهَةِ، لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ حَقِيقَةً كَانَ
مُبِيحًا لِلدِّمِّ، فَصُورَتُهُ تَكُونُ شُبُهَةً كَالنِّكَاحِ الْفَاسِدِ يُجْعَلُ شُبُهَةً فِي إِسْقَاطِ الْحَدِّ، وَلِهَذَا
لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ عَلَى الْوَلِيِّ إِذَا جَاءَ الْمَشْهُودُ بِقَتْلِهِ حَيًّا.

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ رُجِمَ) عَلَى بِنَاءِ الْفَاعِلِ: أَيُّ الرَّجُلِ الَّذِي ضَرَبَ عُنُقَهُ لَمْ يَضْرِبْهُ
وَإِنَّمَا رَجَمَهُ (ثُمَّ وَجِدُوا) أَيُّ الشُّهُودِ (عَيِّدًا فَالدِّيَّةُ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ لِأَنَّهُ امْتَثَلَ أَمْرَ
الْإِمَامِ فَتَقَلَّ فِعْلُهُ) أَيُّ فِعْلِ الرَّاجِمِ (إِلَى الْإِمَامِ، وَلَوْ بَاشَرَهُ) الْإِمَامُ (بِنَفْسِهِ وَجَبَتْ الدِّيَّةُ
فِي بَيْتِ الْمَالِ لَمَا ذَكَرْنَا) أَنَّ فِعْلَ الْجَلَادِ يَنْتَقِلُ إِلَى الْقَاضِي وَهُوَ عَامِلٌ لِلْمُسْلِمِينَ فَتَجِبُ
الْعَرَامَةُ فِي مَالِهِمْ (كَذَا هَذَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا ضَرَبَ عُنُقَهُ لِأَنَّهُ لَمْ يَأْتِمِرْ أَمْرُهُ) لِأَنَّهُ أَمْرُهُ

بِالرَّجْمِ دُونَ حَزِّ الرَّقَبَةِ فَلَمْ يَنْتَقِلْ فِعْلُهُ إِلَيْهِ.

(وَإِذَا شَهِدُوا عَلَى رَجُلٍ بِالزَّنا وَقَالُوا تَعَمَّدَنَا النَّظْرَ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُمْ)؛ لِأَنَّهُ يُبَاحُ

النَّظَرُ لَهُمْ ضَرُورَةً تَحْمِلُ الشَّهَادَةَ فَاشْبَهَ الطَّيِّبُ وَالْقَابِلَةُ

الشرح:

قَوْلُهُ (وَإِذَا شَهِدُوا عَلَى رَجُلٍ بِالزَّنا وَقَالُوا تَعَمَّدَنَا النَّظْرَ) إِلَى مَوْضِعِ الزَّنا مِنْ

الزَّانِيَيْنِ (قُبِلَتْ شَهَادَتُهُمْ) لَمَّا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ.

وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِسَمْسِ الْأَيْمَةِ: قَالَ بَعْضُ الْعُلَمَاءِ: لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ

لِإِقْرَارِهِمْ بِالْفِسْقِ عَلَى أَنْفُسِهِمْ، فَإِنَّ النَّظْرَ إِلَى عَوْرَةِ الْغَيْرِ قَصْدٌ فِسْقٌ، وَإِنَّمَا تُقْبَلُ

شَهَادَتُهُمْ إِذَا لَمْ يُبَيِّنُوا كَيْفِيَّةَ النَّظَرِ لِاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ وَقَعَ اتِّفَاقًا لَا قَصْدًا، وَلَكِنَّا

نَقُولُ: النَّظْرُ إِلَى عَوْرَةِ الْغَيْرِ عِنْدَ الْحَاجَةِ يَجُوزُ شَرْعًا، فَإِنَّ الْحَتَانَ يَنْظُرُ وَالْقَابِلَةُ تَنْظُرُ

وَالنِّسَاءُ يَنْظُرْنَ لِمَعْرِفَةِ الْبَكَارَةِ، وَبِالشُّهُودِ حَاجَةٌ إِلَى ذَلِكَ لِأَنَّهُمْ مَا لَمْ يَرَوْا كَالرِّشَاءِ فِي

الْبَيْرِ وَالْمَيْلِ فِي الْمُكْحَلَةِ لَا يَسْعُهُمْ أَنْ يَشْهَدُوا.

(وَإِذَا شَهِدَ أَرْبَعَةٌ عَلَى رَجُلٍ بِالزَّنا فَانْكَرَ الْإِحْصَانُ وَلَهُ امْرَأَةٌ قَدْ وَلَدَتْ مِنْهُ فَإِنَّهُ

يُرْجَمُ) مَعْنَاهُ أَنْ يُنْكَرَ الدُّخُولُ بَعْدَ وُجُودِ سَائِرِ الشَّرَاطِطِ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ بِثَبَاتِ النَّسَبِ مِنْهُ

حُكْمٌ بِالدُّخُولِ عَلَيْهِ، وَلِهَذَا لَوْ طَلَقَهَا يُعْقِبُ الرَّجْعَةَ وَالْإِحْصَانُ يَثْبُتُ بِمِثْلِهِ (فَإِنْ لَمْ تَكُنْ

وَلَدَتْ مِنْهُ وَشَهِدَ عَلَيْهِ بِالْإِحْصَانِ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ رُجِمَ) خِلَافًا لَزُفَرٍ وَالشَّافِعِيُّ؛ فَالشَّافِعِيُّ

مَرَّ عَلَى أَصْلِهِ أَنْ شَهَادَتَهُنَّ غَيْرُ مَقْبُولَةٍ فِي غَيْرِ الْأَمْوَالِ.

وَزُفَرٌ يَقُولُ إِنَّهُ شَرْطٌ فِي مَعْنَى الْعِلَةِ؛ لِأَنَّ الْجِنَايَةَ تَتَغَلَّظُ عِنْدَهُ فَيُضَافُ الْحُكْمُ

إِلَيْهِ فَاشْبَهَ حَقِيقَةَ الْعِلَةِ فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ النِّسَاءِ فِيهِ احْتِيَالًا لِلدَّرءِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا شَهِدَ

ذِمِّيَانِ عَلَى ذِمِّيٍّ زَنَى عَبْدُهُ الْمُسْلِمُ أَنَّهُ أَعْتَقَهُ قَبْلَ الزَّنا لَا تُقْبَلُ لَمَّا ذُكِرْنَا. وَلَنَّا أَنَّ الْإِحْصَانَ

عِبَارَةٌ عَنِ الْخِصَالِ الْحَمِيدَةِ، وَأَنَّهَا مَانِعَةٌ مِنَ الزَّنا عَلَى مَا ذُكِرْنَا فَلَا يَكُونُ فِي مَعْنَى

الْعِلَةِ وَصَارَ كَمَا إِذَا شَهِدُوا بِهِ فِي غَيْرِ هَذِهِ الْحَالَةِ، بِخِلَافِ مَا ذُكِرَ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ يَثْبُتُ

بِشَهَادَتِهِمَا، وَإِنَّمَا لَا يَثْبُتُ سَبْقُ التَّارِيطِ لِأَنَّهُ يُنْكَرُهُ الْمُسْلِمُ أَوْ يَتَضَرَّرُ بِهِ الْمُسْلِمُ (فَإِنْ رَجَعَ

شُهُودُ الْإِحْصَانِ لَا يَضْمَنُونَ) عِنْدَنَا خِلَافًا لَزُفَرٍ وَهُوَ فَرَعٌ مَا تَقَدَّمَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا شَهِدَ أَرْبَعَةً عَلَى رَجُلٍ بِالزُّنَا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَالْإِحْصَانُ يُثْبِتُ بِمِثْلِهِ) أَيُّ بِمِثْلِ هَذَا الدَّلِيلِ الَّذِي فِيهِ شُبْهَةٌ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ يُثْبِتُ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ عِنْدَنَا، فَكَذَلِكَ هَاهُنَا يُثْبِتُ الدُّخُولُ الَّذِي هُوَ مِنْ شُرُوطِ الْإِحْصَانِ بِالْحُكْمِ بِثُبُوتِ النَّسَبِ. وَقَوْلُهُ (خِلَافًا لِرُفْرٍ وَالشَّافِعِيِّ)، فَالشَّافِعِيُّ مَرَّةً عَلَى أَصْلِهِ، وَزُفْرٌ جَعَلَ الْإِحْصَانَ شَرْطًا فِي مَعْنَى الْعِلَةِ لِأَنَّ الْجَنَائَةَ تَتَغَلَّظُ عِنْدَهُ فَيُضَافُ الْحُكْمُ إِلَيْهِ فَأَشْبَهَ حَقِيقَةَ الْعِلَةِ وَيَتَرْتَّبُ عَلَى ذَلِكَ أَمْرَانِ: أَحَدُهُمَا مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ بِأَنَّ شَهَادَةَ النِّسَاءِ لَا تُقْبَلُ فِيهِ. وَالثَّانِي أَنَّ شُهُودَ الْإِحْصَانِ إِذَا رَجَعُوا بَعْدَ الرَّجْمِ يَضْمَنُونَ عِنْدَهُ عَلَى مَا سَيَأْتِي، لِأَنَّ شُهُودَ الْعِلَةِ يَضْمَنُونَ عِنْدَ الرَّجُوعِ بِالِاتِّفَاقِ. وَقَوْلُهُ (فَصَارَ كَمَا إِذَا شَهِدَ ذِمِّيَانِ عَلَى ذِمِّيٍّ الْخ) يَعْنِي أَنَّ الزَّانِي لَوْ كَانَ مَمْلُوكًا لِدِمِّيٍّ وَهُوَ مُسْلِمٌ فَشَهِدَ ذِمِّيَانِ أَنَّ مَوْلَاهُ الدِّمِّيَّ أَعْتَقَهُ قَبْلَ الزُّنَا يُرْجَمَ مَعَ أَنَّ شَهَادَةَ أَهْلِ الذِّمَّةِ عَلَى الدِّمِّيِّ بِالْعِتْقِ مَقْبُولَةٌ لَكِنْ لَمَّا كَانَ الْمَقْصُودُ هَاهُنَا تَكْمِيلُ الْعُقُوبَةِ عَلَى الْمُسْلِمِ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَةُ أَهْلِ الذِّمَّةِ فَهَذَا مِثْلُهُ.

وَقَوْلُهُ (لَمَّا ذَكَرْنَا) يَعْنِي أَنَّ الْإِحْصَانَ شَرْطٌ فِي مَعْنَى الْعِلَةِ (وَلَنَا أَنَّ الْإِحْصَانَ عِبَارَةٌ عَنِ الْخِصَالِ الْحَمِيدَةِ) بَعْضُهَا لَيْسَ مِنْ صُنْعِ الْمَرْءِ كَالْحُرِّيَّةِ وَالْعَقْلِ، وَبَعْضُهَا فُرْضَ عَلَيْهِ كَالْإِسْلَامِ، وَبَعْضُهَا مَنُذُوبٌ إِلَيْهِ كَالنِّكَاحِ الصَّحِيحِ وَالدُّخُولِ بِالْمَنْكُوحَةِ (وَالْحَالُ أَنَّهُ مَانِعٌ عَنِ الزُّنَا عَلَى مَا ذَكَرْنَا) قَبْلَ بَابِ الْوَطْءِ الَّذِي يُوجِبُ الْحَدَّ فَيَكُونُ الْكُلُّ مَرْجَرَةً، وَكُلُّ مَا يَكُونُ مَانِعًا عَنِ الزُّنَا لَا يَكُونُ عِلَّةً لِلْعُقُوبَةِ الْغَلِيظَةِ.

(وَصَارَ كَمَا إِذَا شَهِدُوا بِهِ) أَيُّ بِالنِّكَاحِ (فِي غَيْرِ هَذِهِ الْحَالَةِ) يَعْنِي لَوْ شَهِدَ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ أَنَّ فُلَانًا تَزَوَّجَ هَذِهِ الْمَرْأَةَ وَدَخَلَ بِهَا فِي غَيْرِ حَالَةِ الزُّنَا قُبِلَتْ شَهَادَتُهُمْ فَكَذَلِكَ هَاهُنَا (بِخِلَافِ مَا ذَكَرَ) يَعْنِي زُفْرٌ مِنْ شَهَادَةِ الذِّمِّيِّ عَلَى ذِمِّيٍّ أَنَّهُ أَعْتَقَ عَبْدَهُ قَبْلَ الزُّنَا (لِأَنَّ الْعِتْقَ) هُنَاكَ (يُثْبِتُ) أَيْضًا (بِشَهَادَتِهِمَا وَإِنَّمَا لَا يُثْبِتُ سَبْقُ التَّارِيخِ لِأَنَّهُ) تَارِيخٌ (يُنْكِرُهُ الْمُسْلِمُ أَوْ يَتَضَرَّرُ بِهِ) مِنْ حَيْثُ إِقَامَةُ الْعُقُوبَةِ الْكَامِلَةِ عَلَيْهِ، وَمَا يُنْكِرُهُ الْمُسْلِمُ أَوْ يَتَضَرَّرُ بِهِ لَا يُثْبِتُ بِشَهَادَةِ أَهْلِ الذِّمَّةِ. فَلَوْ قُلْنَا بِجَوَازِ هَذِهِ الشَّهَادَةِ كَانَ ذَلِكَ قَوْلًا بِجَوَازِ شَهَادَةِ الْكَافِرِ عَلَى الْمُسْلِمِ. وَقَوْلُهُ (فَإِنْ رَجَعَ شُهُودُ الْإِحْصَانِ لَا يَضْمَنُونَ) أَحَدَ الْأَمْرَيْنِ الْمُرْتَبِّينِ عَلَى الْأَصْلِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ حَدِّ الشُّرْبِ

(وَمَنْ شَرِبَ الْخَمْرَ فَأَخَذَ وَرِيحُهَا مَوْجُودَةٌ أَوْ جَاءُوا بِهِ سَكَرَانَ فَشَهِدَ الشُّهُودُ عَلَيْهِ بِذَلِكَ فَعَلَيْهِ الْحَدُّ، وَكَذَلِكَ إِذَا أَقْرَ وَرِيحُهَا مَوْجُودَةٌ) لِأَنَّ جِنَايَةَ الشُّرْبِ قَدْ ظَهَرَتْ وَلَمْ يَتَقَادَمِ الْعَهْدُ. وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ شَرِبَ الْخَمْرَ فَاجْلِدُوهُ، فَإِنْ عَادَ فَاجْلِدُوهُ»^(١). (وَأِنْ أَقْرَ بَعْدَ ذَهَابِ رَائِحَتِهَا لَمْ يُحَدِّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يُحَدِّ) وَكَذَلِكَ إِذَا شَهِدُوا عَلَيْهِ بَعْدَ مَا ذَهَبَ رِيحُهَا وَالسُّكْرُ لَمْ يُحَدِّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يُحَدِّ، فَالْتِقَادُ يَمْنَعُ قَبُولَ الشَّهَادَةِ بِالِاتِّفَاقِ، غَيْرَ أَنَّهُ مُقَدَّرٌ بِالزَّمَانِ عِنْدَهُ اعْتِبَارًا بِحَدِّ الزِّنَا، وَهَذَا لِأَنَّ التَّأخيرَ يَتَحَقَّقُ بِمُضِيِّ الزَّمَانِ وَالرَّائِحَةِ قَدْ تَكُونُ مِنْ غَيْرِهِ، كَمَا قِيلَ:

يَقُولُونَ لِي إِنَّكَ شَرِبْتَ مُدَامَةً فَقُلْتَ لَهُمْ لَا بَلْ أَكَلْتُ السَّفَرَجَلَا

وَعِنْدَهُمَا يُقَدَّرُ بِزَوَالِ الرَّائِحَةِ لِقَوْلِ ابْنِ مَسْعُودٍ: فَإِنْ وَجَدْتُمْ رَائِحَةَ الْخَمْرِ فَاجْلِدُوهُ. وَلِأَنَّ قِيَامَ الْأَثَرِ مِنْ أَقْوَى دَلَالَةٍ عَلَى الْقُرْبِ، وَإِنَّمَا يُصَارُ إِلَى التَّقْدِيرِ بِالزَّمَانِ عِنْدَ تَعَدُّرِ اعْتِبَارِهِ، وَالتَّمْيِيزِ بَيْنَ الرُّوَائِحِ مُمَكِّنٌ لِلْمُسْتَدِلِّ، وَإِنَّمَا تَشْتَبِهُ عَلَى الْجَهَالِ. وَأَمَّا الْإِقْرَارُ فَالْتِقَادُ لَا يُبْطِلُهُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ كَمَا فِي حَدِّ الزِّنَا عَلَى مَا مَرَّ تَقْرِيرُهُ. وَعِنْدَهُمَا لَا يُقَامُ الْحَدُّ إِلَّا عِنْدَ قِيَامِ الرَّائِحَةِ، لِأَنَّ حَدَّ الشُّرْبِ ثَبَتَ بِاجْتِمَاعِ الصَّحَابَةِ، وَلَا إِجْمَاعَ إِلَّا بِرَأْيِ ابْنِ مَسْعُودٍ وَقَدْ شَرَطَ قِيَامَ الرَّائِحَةِ عَلَى مَا رَوَيْنَا.

الشرح:

(بَابُ حَدِّ الشُّرْبِ): إِنَّمَا أُخِّرَ حَدَّ الشُّرْبِ عَنْ حَدِّ الزِّنَا؛ لِأَنَّ جَرِيمَةَ الزِّنَا أَشَدُّ مِنْ جَرِيمَةِ شُرْبِ الْخَمْرِ فَإِنَّهُ بِمَنْزِلَةِ قَتْلِ النَّفْسِ، فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَرَنَ ذِكْرَهُ بِعِبَادَةِ الْأَصْنَامِ وَقَتْلِ النَّفْسِ حَيْثُ قَالَ تَعَالَى: ﴿وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا آخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ﴾ [الفرقان: ٦٨] وَلِهَذَا لَمْ يَحِلَّ فِي دِينِ مِنَ الْأَدْيَانِ وَآخَرَ حَدَّ الْقَذْفِ عَنْ حَدِّ الشُّرْبِ لِمَا أَنَّ جَرِيمَةَ الشُّرْبِ مُتَقَيَّنٌ بِهَا، بِخِلَافِ جَرِيمَةِ الْقَذْفِ فَإِنَّ الْقَذْفَ خَبَرٌ مُحْتَمَلٌ بَيْنَ الصُّدْقِ وَالْكَذِبِ، وَلِهَذَا كَانَ ضَرْبُ حَدِّ

(١) أخرجه أبو داود (٤٤٨٤)، والنسائي (٥٢٣٣)، وابن ماجه (٢٥٧٢)، وأحمد (٥٠٤/٢) عن أبي هريرة والحديث يروى عن عدة من الصحابة، وانظر نصب الراية (٥٣٠/٣).

الْقَذْفِ أَحْفَ مِنْ ضَرْبٍ حَدِّ الشُّرْبِ لضعْفٍ فِي ثُبُوتِ الْقَذْفِ لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ صَادِقًا فِي نِسْبَتِهِ إِلَى الزَّانَا فَلَا يَكُونُ قَذْفًا.

(وَمَنْ شَرِبَ الْخَمْرَ فَأَخَذَ وَرِيحُهَا مَوْجُودَةٌ أَوْ جَاءُوا بِهِ سَكْرَانٌ فَشَهِدَ الشُّهُودُ عَلَيْهِ) أَيُّ عَلَى الشَّارِبِ (بِذَلِكَ) أَيُّ بِشُرْبِ الْخَمْرِ وَوُجُودِ الرَّائِحَةِ مِنْ بَابِ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿عَوَانٌ بَيْنَ ذَلِكَ﴾ [البقرة: ٦٨] (أَوْ شَهِدُوا عَلَى شُرْبِ الْخَمْرِ مَعَ مَجِيئِهِمْ بِهِ وَهُوَ سَكْرَانٌ فَعَلِيهِ الْحَدُّ) وَظَاهِرُهُ يَفْتَضِي أَنْ لَا تُشْتَرَطَ الرَّائِحَةُ بَعْدَمَا شَهِدَ الشُّهُودُ عَلَيْهِ بِالسُّكْرِ مِنَ الْخَمْرِ، وَلَكِنْ الرُّوَايَاتُ فِي الشُّرُوحِ مُقَيَّدَةٌ بِوُجُودِ الرَّائِحَةِ فِي حَقِّ وَجُوبِ الْحَدِّ عَلَى شَارِبِ الْخَمْرِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ سَوَاءً ثَبَتَ وَجُوبُ الْحَدِّ بِالشَّهَادَةِ أَوْ بِالْإِقْرَارِ (وَالْأَصْلُ فِيهِ) أَيُّ فِي وَجُوبِ الْحَدِّ قَوْلُهُ ﷺ «مَنْ شَرِبَ الْخَمْرَ فَاجْلُدُوهُ، فَإِنْ عَادَ فَاجْلُدُوهُ» قِيلَ تَمَامُ الْحَدِيثِ «فَإِنْ عَادَ فَاقْتُلُوهُ» وَهُوَ مَتْرُكُ الْعَمَلِ بِهِ فَلْيَكُنِ الْبَاقِي كَذَلِكَ. وَأَجِيبَ بِأَنَّهُ تَرَكَ الْعَمَلَ بِذَلِكَ لِمُعَارِضٍ وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِإِحْدَى ثَلَاثٍ» وَلَيْسَ شُرْبُ الْخَمْرِ مِنْهَا، فَبَقِيَ الْبَاقِي مَعْمُولًا بِهِ لِعَدَمِ الْمُعَارِضِ.

وقوله (فَإِنْ أَقْرَأَ بَعْدَ ذَهَابِ رَائِحَتِهَا) وَاصِحٌّ. وَقَوْلُهُ (غَيْرَ أَنَّهُ مُقَدَّرٌ بِالزَّمَانِ عِنْدَهُ) أَيُّ عِنْدَ مُحَمَّدٍ وَهُوَ الشَّهْرُ (اعْتِبَارًا بِحَدِّ الزَّانَا) وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) يَعْنِي تَقْدِيرَ الزَّمَانِ وَعَدَمَ اعْتِبَارِ الرَّائِحَةِ (لَأَنَّ التَّأَخِيرَ يَتَحَقَّقُ بِمُضِيِّ الزَّمَانِ) فَلَا بُدَّ مِنْ تَقْدِيرِ زَمَانٍ، وَأَمَّا أَنْ ذَلِكَ سِتَّةُ أَشْهُرٍ أَوْ شَهْرٌ وَاحِدٌ فَيَعْلَمُ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ (وَأَمَّا عَدَمُ اعْتِبَارِ الرَّائِحَةِ فَلِأَنَّهَا مُحْتَمَلَةٌ أَنْ تَكُونَ مِنْ غَيْرِهَا كَمَا قِيلَ: يَقُولُونَ لِي إِنَّكَ قَدْ شَرِبْتَ مُدَامَةً فَقُلْتَ لَهُمْ لَا بَلْ أَكَلْتُ السَّفَرَجَلَا) وَهَذِهِ الرُّوَايَةُ وَهِيَ رَوَايَةُ الْمُطَرِّزِيِّ بِكَلِمَةٍ قَدْ، وَقَدْ رُوِيَ بِدُونِهَا وَهِيَ رَوَايَةُ الْفَقْهَاءِ، فَعَلَى الْأُولَى تَسْقُطُ هَمْزَةُ الْوَصْلِ مِنْ إِنَّكَ فِي اللَّفْظِ، وَعَلَى الثَّانِيَةِ تُحَرِّكُ بِالْكَسْرِ لِضَرُورَةِ الشَّعْرِ وَالْمُدَامَةُ بِمَعْنَى الْمُدَامِ وَهُوَ الْخَمْرُ (وَعِنْدَهُمَا يُقَدَّرُ بِزَوَالِ الرَّائِحَةِ لِقَوْلِ ابْنِ مَسْعُودٍ فَإِنْ وَجَدْتُمْ رَائِحَةَ الْخَمْرِ فَاجْلُدُوهُ) وَلَأَنَّ الْمُعْتَبَرَ فِي ذَلِكَ الْقُرْبُ وَ (فِيَامُ الْأَثَرِ) وَهُوَ الرَّائِحَةُ (مِنْ أَقْوَى الدَّلَائِلِ عَلَى الْقُرْبِ).

وقوله (وَإِنَّمَا يُصَارُ إِلَى التَّقْدِيرِ بِالزَّمَانِ) جَوَابٌ عَنِ الْاعْتِبَارِ بِالزَّمَانِ: أَيُّ إِنَّمَا يُصَارُ إِلَى التَّقْدِيرِ بِالزَّمَانِ عِنْدَ تَعَدُّرِ اعْتِبَارِ الْأَثَرِ. وَقَوْلُهُ (وَالْتَمِيزُ بَيْنَ الرُّوَاثِ مُمَكِّنٌ

لِلْمُسْتَدِلِّ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَالرَّائِحَةُ قَدْ تَكُونُ مِنْ غَيْرِهِ هَذَا بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْإِثْبَاتِ بِالْبَيِّنَةِ (وَأَمَّا الْإِفْرَارُ فَالتَّقَادُّمُ لَا يُبْطِلُهُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ كَمَا فِي حَدِّ الزَّنا عَلَى مَا مَرَّ تَقْرِيرُهُ) أَنَّ الْإِنْسَانَ لَا يَكُونُ مَتَّهَمًا بِالنِّسْبَةِ إِلَى نَفْسِهِ (وَعِنْدَهُمَا لَا يُقَامُ الْحَدُّ إِلَّا عِنْدَ قِيَامِ الرَّائِحَةِ، لِأَنَّ حَدَّ الشُّرْبِ ثَبَتَ بِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ، وَلَا إِجْمَاعَ إِلَّا بِرَأْيِ ابْنِ مَسْعُودٍ وَقَدْ شَرَطَ قِيَامَ الرَّائِحَةِ عَلَى مَا رَوَيْنَا) يَعْنِي قَوْلُهُ " فَإِنْ وَجَدْتُمْ رَائِحَةَ الْخَمْرِ فَاجْلِدُوهُ " وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ الْإِجْمَاعَ انْعَقَدَ عَلَى بُتُوتِ حَدِّ الشُّرْبِ بِاتِّفَاقِ ابْنِ مَسْعُودٍ، وَلَكِنْ لَا دَلِيلَ عَلَى أَنَّ الشَّرْطَ الَّذِي شَرَطَهُ ابْنُ مَسْعُودٍ وَهُوَ قِيَامُ الرَّائِحَةِ أَجْمَعَ عَلَيْهِ الْبَاقُونَ، وَأَيْضًا كَلَامُ ابْنِ مَسْعُودٍ شَرْطِيَّةٌ وَالشَّرْطِيَّةُ تُفِيدُ الْوُجُودَ عِنْدَ الْوُجُودِ لَا غَيْرُ. وَجَوَابُ الْإِمَامِ فَخْرٍ الْإِسْلَامِ بِأَنَّ الْعَدَمَ عِنْدَ الْعَدَمِ لَيْسَ مِنْ مَفْهُومِ الشَّرْطِ بَلْ مِنْ انْتِفَاءِ الْمُجْمَعِ عَلَيْهِ مَذْفُوعٌ بِمَا ذَكَرْنَا أَوَّلًا، وَأَيْضًا ذَكَرَ فِي أَوَّلِ الْبَابِ أَنَّهُ ثَابِتٌ بِقَوْلِهِ ﷺ: «مَنْ شَرِبَ الْخَمْرَ فَاجْلِدُوهُ» وَقَالَ هَاهُنَا إِنَّهُ ثَابِتٌ بِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ وَهُمَا مُتَّفَقَانِ، وَأَيْضًا اشْتِرَاطُ الرَّائِحَةِ مُنَافٍ لِإِطْلَاقِ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ شَرِبَ الْخَمْرَ فَاجْلِدُوهُ».

(وَإِنْ أَخَذَهُ الشُّهُودُ وَرِيحُهَا تُوجَدُ مِنْهُ أَوْ سَكَرَانُ فَذَهَبُوا بِهِ مِنْ مِصْرٍ إِلَى مِصْرٍ فِيهِ الْإِمَامُ فَانْقَطَعَ ذَلِكَ قَبْلَ أَنْ يَنْتَهَوْا بِهِ حَدٌّ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا) لِأَنَّ هَذَا عُدْرٌ كَبَعْدِ الْمَسَافَةِ فِي حَدِّ الزَّنا وَالشَّاهِدُ لَا يُتَّهَمُ فِي مِثْلِهِ.

الشرح:

وقوله (وريحها توجد منه) ظاهرٌ.

(ومَنْ سَكَرَ مِنَ النَّبِيذِ حَدٌّ) لَمَّا رُوِيَ أَنَّ عُمَرَ أَقَامَ الْحَدَّ عَلَى أَعْرَابِيٍّ سَكَرَ مِنَ النَّبِيذِ.

وَسَبَّيْنُ الْكَلَامِ فِي حَدِّ السُّكْرِ وَمِقْدَارِ حَدِّهِ الْمُسْتَحَقُّ عَلَيْهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ سَكَرَ مِنَ النَّبِيذِ حَدٌّ) النَّبِيذُ يَقَعُ عَلَى نَبِيذِ الزَّيْبِ وَالْتَّمْرِ، وَمَا يُتَّخَذُ مِنَ الزَّيْبِ شَيْئَانِ: تَقْبِيعٌ وَنَبِيذٌ. فَالتَّقْبِيعُ أَنْ يُنْقَعَ الزَّيْبُ فِي الْمَاءِ وَيُتْرَكَ أَيَّامًا حَتَّى تَخْرُجَ حَلَاوَتُهُ إِلَى الْمَاءِ ثُمَّ يُطْبَخُ أَدْنَى طَبْخٍ، فَمَا دَامَ حُلُوهَا يَحِلُّ شُرْبُهُ، وَإِذَا غَلَا وَاشْتَدَّ وَقَذَفَ بِالزَّبْدِ يَحْرُمُ. وَأَمَّا النَّبِيذُ فَهُوَ الَّذِي مِنْ مَاءِ الزَّيْبِ إِذَا طُبِخَ أَدْنَى طَبْخٍ يَحِلُّ شُرْبُهُ مَا دَامَ حُلُوهَا فَإِذَا غَلَا وَاشْتَدَّ وَقَذَفَ بِالزَّبْدِ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَوْلِ أَبِي يُوسُفَ الْآخَرِ

يَحِلُّ شُرْبُهُ مَا دُونَ السُّكَّرِ. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ وَالشَّافِعِيِّ لَا يَحِلُّ شُرْبُهُ. وَمَا يُتَّخَذُ مِنَ التَّمْرِ ثَلَاثَةٌ: السُّكَّرُ وَالْفَضِيخُ وَالنَّبِيدُ. فَالنَّبِيدُ هُوَ مَاءُ التَّمْرِ إِذَا طُبِخَ أَدْنَى طَبْخٍ يَحِلُّ شُرْبُهُ فِي قَوْلِهِمْ مَا دَامَ خُلُوعًا، وَإِذَا غَلَا وَاشْتَدَّ وَقَذَفَ بِالزَّبَدِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ يَحِلُّ شُرْبُهُ لِلتَّدَاوِي وَالتَّقْوَى إِلَّا الْقَدَحَ الْمُسَكَّرَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَالشَّافِعِيُّ: لَا يَحِلُّ. وَاخْتَلَفُوا فِي وَجُوبِ الْحَدِّ، وَسَجَّيْءٌ يَبَّانُهُ فِي الْأَشْرِبَةِ. وَأَمَّا الْكَلَامُ فِي حَدِّ السُّكَّرِ وَمِقْدَارِ حَدِّهِ فَسَيُذَكَّرُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

(وَلَا حَدٌّ عَلَى مَنْ وَجِدَ مِنْهُ رَائِحَةُ الْخَمْرِ أَوْ تَقْيَاهَا) لِأَنَّ الرَّائِحَةَ مُحْتَمَلَةٌ، وَكَذَا الشُّرْبُ قَدْ يَقَعُ عَنْ إِكْرَاهٍ أَوْ اضْطِرَارٍّ (وَلَا يُحَدُّ السُّكْرَانُ حَتَّى يَعْلَمَ أَنَّهُ سَكِرَ مِنَ النَّبِيدِ وَشَرِبَهُ طَوْعًا) لِأَنَّ السُّكْرَ مِنَ الْمُبَاحِ لَا يُوجِبُ الْحَدَّ كَالْبَنَجِ وَلَبَنِ الرَّمَامِكِ، وَكَذَا شُرْبُ الْمَكْرَهِ لَا يُوجِبُ الْحَدَّ (وَلَا يُحَدُّ حَتَّى يَزُولَ عَنْهُ السُّكْرُ) تَحْصِيلًا لِمَقْصُودِ الْأَنْزِجَارِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا حَدٌّ عَلَى مَنْ وَجِدَ مِنْهُ رَائِحَةُ الْخَمْرِ أَوْ تَقْيَاهَا) يَعْنِي إِذَا لَمْ يُشَاهَدْ مِنْهُ الشُّرْبُ (لِأَنَّ الرَّائِحَةَ مُحْتَمَلَةٌ) فَإِنْ قِيلَ: هَذَا التَّغْلِيلُ مُنَاقِضٌ لِمَا ذَكَرَ قَبْلَهُ وَهُوَ قَوْلُهُ وَالتَّمْيِيزُ بَيْنَ الرُّوَائِحِ مُمَكِّنٌ لِلْمُسْتَدَلِّ. أَجِيبَ بِأَنَّ الْاِحْتِمَالَ فِي نَفْسِ الرُّوَائِحِ قَبْلَ الْاِسْتِدْلَالِ وَالتَّمْيِيزُ بَعْدَ الْاِسْتِدْلَالِ عَلَى وَجْهِ الْاِسْتِقْصَاءِ أَوْ التَّمْيِيزُ مُمَكِّنٌ لِمَنْ عَايَنَ الشُّرْبَ وَالْاِحْتِمَالَ لِمَنْ لَمْ يُعَايَنَهُ. وَأَقُولُ: وَالْجَوَابُ الثَّانِي أَحْسَنُ لِاشْتِمَالِهِ عَلَى تَفْسِيرِ الْمُسْتَدَلِّ فَإِنَّهُ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْمُسْتَدَلَّ هُوَ مَنْ مَعَهُ دَلِيلٌ وَهُوَ مُعَايَنَةُ الشُّرْبِ وَالْجَاهِلُ هُوَ مَنْ لَيْسَ مَعَهُ ذَلِكَ، وَيَحُوزُ أَنْ يَكُونَ قَوْلُهُ لِأَنَّ الرَّائِحَةَ مُحْتَمَلَةٌ عَلَى مَذْهَبِ مُحَمَّدٍ وَقَوْلُهُ (وَكَذَا الشُّرْبُ قَدْ يَقَعُ عَنْ إِكْرَاهٍ أَوْ اضْطِرَارٍّ) عَلَى قَوْلِهِمَا. وَلَا يُحَدُّ السُّكْرَانُ حَتَّى يَعْلَمَ أَنَّهُ سَكِرَ مِنَ النَّبِيدِ وَشَرِبَهُ طَوْعًا لِأَنَّ السُّكْرَ مِنَ الْمُبَاحِ لَا يُوجِبُ الْحَدَّ كَالْبَنَجِ وَلَبَنِ الرَّمَامِكِ) وَالَّذِي ذَكَرَهُ مِنْ إِبَاحَةِ الْبَنَجِ مُوَافِقٌ لِعَامَّةِ الْكُتُبِ خِلَا رِوَايَةِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِلْإِمَامِ الْمُحْتَبِيِّ، فَإِنَّهُ اسْتَدَلَّ عَلَى حُرْمَةِ الْأَشْرِبَةِ الْمُتَّخَذَةِ مِنَ الْحُبُوبِ كَالْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالذَّرَّةِ وَالْعَسَلِ وَغَيْرِهَا، وَقَالَ: السُّكْرُ مِنْ هَذِهِ الْأَشْرِبَةِ حَرَامٌ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ السُّكْرَ مِنَ الْبَنَجِ حَرَامٌ مَعَ أَنَّهُ مَأْكُولٌ فَمِنْ الْمَشْرُوبِ أَوَّلَى. كَذَا ذَكَرَهُ صَاحِبُ النَّهَائَةِ، وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ لِأَنَّ رِوَايَةَ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِلْإِمَامِ الْمُحْتَبِيِّ تَدُلُّ عَلَى أَنَّ السُّكْرَ الْحَاصِلَ مِنَ الْبَنَجِ حَرَامٌ لَا عَلَى أَنَّ الْبَنَجَ حَرَامٌ، وَكَلَامُ الْمُصَنِّفِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ

الْبَنَجُ مُبَاحٌ وَلَا تَنَافِي بَيْنَهُمَا

(وَحَدُّ الْخَمْرِ وَالسُّكْرِ فِي الْحَرِّ ثَمَانُونَ سَوَاطًا) لِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ (يُفَرَّقُ عَلَى بَدَنِهِ كَمَا فِي حَدِّ الزَّنا عَلَى مَا مَرَّ) ثُمَّ يُجَرَّدُ فِي الْمَشْهُورِ مِنَ الرَّوَايَةِ وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ لَا يُجَرَّدُ إِظْهَارًا لِلتَّخْفِيفِ لِأَنَّهُ لَمْ يَرِدْ بِهِ نَصٌّ. وَوَجْهُ الْمَشْهُورِ أَنَّا أَظْهَرْنَا التَّخْفِيفَ مَرَّةً فَلَا يُعْتَبَرُ ثَانِيًا (وَإِنْ كَانَ عَبْدًا فَحَدُّهُ أَرْبَعُونَ سَوَاطًا) لِأَنَّ الرِّقَّ مُتَصِفٌ عَلَى مَا عُرِفَ.

الشرح:

(وَحَدُّ الْخَمْرِ وَ) حَدُّ (السُّكْرِ) مِنْ غَيْرِ الْخَمْرِ (فِي الْحَرِّ ثَمَانُونَ سَوَاطًا لِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، يُفَرَّقُ عَلَى بَدَنِهِ كَمَا فِي حَدِّ الزَّنا عَلَى مَا مَرَّ) فِي أَنَّهُ يُضْرَبُ كُلُّ الْبَدَنِ مَا خَلَا الْوَجْهَ وَالرَّأْسَ وَالْفَرْجَ (ثُمَّ يُجَرَّدُ) عَنْ تَيَابِهِ (فِي الْمَشْهُورِ مِنَ الرَّوَايَةِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ لَا يُجَرَّدُ عَنْ تَيَابِهِ إِظْهَارًا لِلتَّخْفِيفِ لِأَنَّهُ لَمْ يَرِدْ بِهِ) أَيُّ بِالْحَدِّ (نَصٌّ) قَاطِعٌ أَوْ بِالتَّجْرِيدِ (وَوَجْهُ الْمَشْهُورِ أَنَّا أَظْهَرْنَا التَّخْفِيفَ مَرَّةً) يَعْنِي مِنْ حَيْثُ الْعَدَدُ حَيْثُ لَمْ نَجْعَلْهُ مِائَةً كَمَا فِي الزَّنا (فَلَا يُعْتَبَرُ ثَانِيًا) وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ، الْأَوَّلُ أَنَّهُ لَيْسَ لِأَحَدٍ مِنَ الْمُجْمَعِينَ التَّصَرُّفُ فِي الْمَقْدَرَاتِ الشَّرْعِيَّةِ. وَالثَّانِي أَنَّ الثَّمَانِينَ تَغْلِيظٌ لَا تَخْفِيفٌ لِأَنَّهُ رُوِيَ أَنَّهُمْ ضَرَبُوا فِي زَمَنِ النَّبِيِّ ﷺ بِالْأَكْمَامِ وَبِالْأَيْدِي وَغَيْرِ ذَلِكَ ثُمَّ جَلَدَ أَبُو بَكْرٍ أَرْبَعِينَ ثُمَّ جَلَدَ عُمَرُ أَرْبَعِينَ، فَالتَّقْدِيرُ بَعْدَ ذَلِكَ بِثَمَانِينَ تَغْلِيظٌ لَا تَخْفِيفٌ. وَالْجَوَابُ أَنَّ قَوْلَهُ إِنَّا أَظْهَرْنَا التَّخْفِيفَ كَلَامٌ عَنْ لِسَانِ الْمُجْتَهِدِينَ، وَالتَّخْفِيفُ إِنَّمَا هُوَ بِاعْتِبَارِ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى جَازِلٌ لَهُ أَنْ يَقْدَرَ حَدَّ الشُّرْبِ مِائَةً كَحَدِّ الزَّنا إِذْ هُوَ الْفَاعِلُ الْمُخْتَارُ، وَحَيْثُ لَمْ يَنْصَ عَلَى مِقْدَارٍ مُعَيَّنٍ كَانَ تَخْفِيفًا مِنْهُ، وَلَمَّا جَعَلَهُ الصَّحَابَةُ مُعْتَبَرًا بِحَدِّ الْمُفْتَرِينَ ظَهَرَ التَّخْفِيفُ فَلَمْ يَقْدَرُوا بِشَيْءٍ وَإِنَّمَا أَظْهَرُوا التَّخْفِيفَ الَّذِي كَانَ ثَابِتًا بِتَرْكِ التَّنْصِيسِ، وَإِلَيْهِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ أَظْهَرْنَا التَّخْفِيفَ، وَلِلَّهِ دَرُّ لَطَائِفِهِ.

(وَمَنْ أَقَرَّ بِشُرْبِ الْخَمْرِ وَالسُّكْرِ ثُمَّ رَجَعَ لَمْ يُحَدِّ) لِأَنَّهُ خَالِصٌ حَقَّ اللَّهُ تَعَالَى.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ أَقَرَّ بِشُرْبِ الْخَمْرِ وَالسُّكْرِ) بِفَتْحَتَيْنِ وَهُوَ عَصِيرُ الرُّطَبِ إِذَا اشْتَدَّ، وَقِيلَ السُّكْرُ كُلُّ شَرَابٍ مُسْكِرٍ.

(وَيَثْبُتُ الشَّرْبُ بِشَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ وَ) يَثْبُتُ (بِالْإِقْرَارِ مَرَّةً وَاحِدَةً) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَشْتَرِطُ الْإِقْرَارَ مَرَّتَيْنِ وَهُوَ نَظِيرُ الْاِخْتِلَافِ فِي السَّرِقَةِ، وَسَبَّيْنَهَا هُنَاكَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ (وَلَا تُقْبَلُ فِيهِ شَهَادَةُ النِّسَاءِ مَعَ الرِّجَالِ) لِأَنَّ فِيهَا شُبْهَةَ الْبَدَلِيَّةِ وَتُهْمَةَ الضَّلَالِ وَالنِّسْيَانِ.

الشرح:

(وَيَثْبُتُ الشَّرْبُ بِشَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ وَيَثْبُتُ بِالْإِقْرَارِ مَرَّةً وَاحِدَةً) وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَزُفَرٌ: يَثْبُتُ بِإِقْرَارِهِ مَرَّتَيْنِ فِي مَجْلِسَيْنِ اعْتِبَارًا لَعَدَدِ الْإِقْرَارِ بِعَدَدِ الشُّهُودِ (وَهُوَ نَظِيرُ الْاِخْتِلَافِ فِي السَّرِقَةِ، وَسَبَّيْنَهَا هُنَاكَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى) قَالَ (وَلَا تُقْبَلُ فِيهِ شَهَادَةُ النِّسَاءِ مَعَ الرِّجَالِ) فِي حَدِّ الشَّرْبِ أَيْضًا (لِأَنَّ فِيهَا شُبْهَةَ الْبَدَلِيَّةِ وَتُهْمَةَ الضَّلَالِ وَالنِّسْيَانِ) يُشِيرُ إِلَى ذَلِكَ كُلِّهِ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَآحَرَاتَانِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] إِلَى قَوْلِهِ: ﴿أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾ [البقرة: ٢٨٢] وَإِنَّمَا قَالَ شُبْهَةَ الْبَدَلِيَّةِ دُونَ حَقِيقَةِ الْبَدَلِيَّةِ، لِأَنَّ اسْتِشْهَادَ النِّسَاءِ فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي جَارَتْ شَهَادَتُهُنَّ يَجُوزُ مِنْ غَيْرِ ضَرُورَةِ الْعَجْزِ عَنْ اسْتِشْهَادِ الرِّجَالِ، بِخِلَافِ سَائِرِ الْأُبْدَالِ، وَلَكِنْ فِيهِ صُورَةُ الْبَدَلِيَّةِ مِنْ حَيْثُ النَّظْمُ "

(وَالسُّكْرَانُ الَّذِي يُحَدُّهُ هُوَ الَّذِي لَا يَعْقِلُ مَنْطِقًا لَا قَلِيلًا وَلَا كَثِيرًا وَلَا يَعْقِلُ الرَّجُلُ مِنَ الْمَرَأَةِ) قَالَ الْعَبْدُ الضَّعِيفُ (وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: هُوَ الَّذِي يَهْدِي وَيَخْتَلِطُ كَلَامُهُ) لِأَنَّهُ هُوَ السُّكْرَانُ فِي الْعُرْفِ، وَإِلَيْهِ مَالَ أَكْثَرِ الْمُشَايخِ. وَلَهُ أَنَّهُ يُؤْخَذُ فِي أَسْبَابِ الْحُدُودِ بِأَقْصَاهَا دَرَاءً لِلْحَدِّ. وَنَهَايَةُ السُّكْرَانِ يَغْلِبُ السُّرُورُ عَلَى الْعَقْلِ فَيَسْلُبُهُ التَّمْيِيزَ بَيْنَ شَيْءٍ وَشَيْءٍ، وَمَا دُونَ ذَلِكَ لَا يَعْرِى عَنْ شُبْهَةِ الصَّحْوِ، وَالْمُعْتَبَرُ فِي الْقَدْحِ الْمُسْكِرِ فِي حَقِّ الْحُرْمَةِ مَا قَالَاهُ بِالْإِجْمَاعِ أَخَذًا بِالْاِحْتِيَاظِ وَالشَّافِعِيُّ يَعْتَبِرُ ظُهُورَ أَثَرِهِ فِي مَشْيِهِ وَحَرَكَاتِهِ وَأَطْرَافِهِ وَهَذَا مِمَّا يَتَفَاوَتْ فَلَا مَعْنَى لاعتباره.

الشرح:

(وَالسُّكْرَانُ الَّذِي يُحَدُّهُ هُوَ الَّذِي لَا يَعْقِلُ مَنْطِقًا لَا قَلِيلًا وَلَا كَثِيرًا وَلَا يَعْقِلُ الرَّجُلُ مِنَ الْمَرَأَةِ) هَذَا لَفْظُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَلَيْسَ فِيهِ بَيَانُ الْخِلَافِ قَالَ الْمُصَنِّفُ (وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: هُوَ الَّذِي يَهْدِي وَيَخْتَلِطُ كَلَامُهُ) أَيْ يَكُونُ غَالِبُ كَلَامِهِ

الْهَذْيَانِ، فَإِنْ كَانَ نَصْفُهُ مُسْتَقِيمًا فَلَيْسَ بِسَكْرَانَ (لأنَّه السَّكْرَانُ فِي الْعُرْفِ وَإِلَيْهِ) أَيُّ إِلَى قَوْلِهِمَا (مَالُ أَكْثَرِ الْمَشَايِخِ) وَعَنْ ابْنِ الْوَلِيدِ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا يُوسُفَ عَنِ السَّكْرَانِ الَّذِي يَجِبُ عَلَيْهِ الْحَدُّ قَالَ: أَنْ يُسْتَفْرَأَ: ﴿قُلْ يَتَّيِبُهَا لَكُمْ فَارِغًا﴾ وَلَا يَقْدَرُ عَلَيْهِ، فَقُلْتُ لَهُ: كَيْفَ عَيَّنْتَ هَذِهِ السُّورَةَ وَرُبَّمَا أَخْطَأَ فِيهَا الصَّاحِي؟ قَالَ: لِأَنَّ تَحْرِيمَ الْخَمْرِ نَزَلَ فِيمَنْ شَرَعَ فِيهَا فَلَمْ يَسْتَطِعْ قِرَاءَتَهَا.

وَحُكِّيَ أَنَّ أُمَّةً بَلَخِي اتَّفَقُوا عَلَى اسْتِفْرَاءِ هَذِهِ السُّورَةِ (وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْحُدُودَ يُؤْخَذُ فِي أَسْبَابِهَا بِأَقْصَاهَا دَرْءًا لِلْحَدِّ، وَنَهَايَةَ السَّكْرِ أَنْ يَغْلِبَ السُّرُورُ عَلَى الْعَقْلِ فَيَسْلُبُهُ التَّمْيِيزَ بَيْنَ شَيْءٍ وَشَيْءٍ، وَمَا دُونَ ذَلِكَ لَا يَغْرَى عَنْ شُبْهَةِ الصَّحْوِ) يَعْنِي أَنَّهُ إِذَا كَانَ يُمَيِّزُ بَيْنَ الْأَشْيَاءِ عَرَفْنَا أَنَّهُ مُسْتَعْمِلٌ لِعَقْلِهِ مَعَ مَا بِهِ مِنَ السُّرُورِ فَلَا يَكُونُ ذَلِكَ نَهَايَةَ فِي السَّكْرِ وَفِي التَّفْصِيلِ شُبْهَةُ الْعَدَمِ، وَالْحُدُودُ تُنْذَرُ بِالشُّبُهَاتِ، وَلِهَذَا وَافَقَهُمَا فِي السَّكْرِ الَّذِي يَحْرُمُ عِنْدَهُ الْقَدْحُ الْمُسَكَّرُ أَنَّ الْمُعْتَبَرُ فِيهِ هُوَ اخْتِلَاطُ الْكَلَامِ لِأَنَّ اعْتِبَارَ النَّهَايَةِ فِيمَا يُنْذَرُ بِالشُّبُهَاتِ وَالْحُلُّ وَالْحُرْمَةُ يُؤْخَذُ بِالِاخْتِيَاطِ، وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِهِ (وَالْمُعْتَبَرُ فِي الْقَدْحِ الْمُسَكَّرِ فِي حَقِّ الْحُرْمَةِ مَا قَالَاهُ بِالْإِجْمَاعِ أَخْذًا بِالِاخْتِيَاطِ) لِأَنَّهُ لَمَّا اعْتَقَدَ حُرْمَةَ الْقَدْحِ الَّذِي يَلْزَمُ الْهَذْيَانُ وَاخْتِلَاطُ الْكَلَامِ عِنْدَهُ يَمْتَنِعُ عَنْهُ، فَلَمَّا امْتَنَعَ عَنْهُ وَهُوَ الْأَدْنَى فِي حَدِّ السَّكْرِ كَانَ مُمْتَنِعًا عَنِ الْأَعْلَى فِيهِ وَهُوَ مَا قَالَهُ أَبُو حَنِيفَةَ. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) أَيُّ ظُهُورِ الْأَثَرِ فِي مِشْيَتِهِ (مِمَّا يَخْتَلِفُ) فَإِنَّ السَّكْرَانَ رُبَّمَا يَتَمَائِلُ فِي مِشْيَتِهِ وَالصَّاحِي رُبَّمَا يَزَلُّ أَوْ يَغْتَرُّ فِي مِشْيَتِهِ فَيَرَى التَّمَائِلَ مِنْهُ فَلَا يَكُونُ دَلِيلًا.

(وَلَا يُحَدُّ السَّكْرَانُ بِإِقْرَارِهِ عَلَى نَفْسِهِ) لَزِيَادَةِ احْتِمَالِ الْكَذِبِ فِي إِقْرَارِهِ فَيَحْتَالُ لِدَرْئِهِ لِأَنَّهُ خَالِصُ حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى. بِخِلَافِ حَدِّ الْقَذْفِ لِأَنَّ فِيهِ حَقَّ الْعَبْدِ وَالسَّكْرَانِ فِيهِ كَالصَّاحِي عُقُوبَةٌ عَلَيْهِ كَمَا فِي سَائِرِ تَصَرُّفَاتِهِ، وَلَوْ ارْتَدَّ السَّكْرَانُ لَا تَبَيَّنَ مِنْهُ امْرَأَتُهُ لِأَنَّ الْكُفْرَ مِنْ بَابِ الْإِعْتِقَادِ فَلَا يَتَحَقَّقُ مَعَ السَّكْرِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا يُحَدُّ السَّكْرَانُ بِإِقْرَارِهِ عَلَى نَفْسِهِ) يَعْنِي فِي الْحُدُودِ الْخَالِصَةِ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى كَالزُّنَا وَشُرْبِ الْخَمْرِ وَالسَّرْقَةِ، لِأَنَّ الْإِقْرَارَ خَيْرٌ يَحْتَمِلُ الْكَذِبَ، فَإِذَا صَدَرَ مِنْ سَكْرَانَ مَهْذَارٌ زَادَ احْتِمَالَهُ (فَيَحْتَالُ لِدَرْئِهِ لِأَنَّهُ خَالِصُ حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى، بِخِلَافِ حَدِّ الْقَذْفِ لِأَنَّ فِيهِ حَقَّ الْعَبْدِ، وَالسَّكْرَانُ فِيهِ كَالصَّاحِي عُقُوبَةٌ عَلَيْهِ) بِالْإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ

رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، فَإِلَهُمْ قَالُوا إِذَا سَكِرَ هَذَى وَإِذَا هَذَى افْتَرَى، وَحَدُّ الْمُفْتَرِينَ ثَمَانُونَ. فَهَذَا إِجْمَاعٌ مِنْهُمْ عَلَى وَجُوبِ حَدِّ الْقَذْفِ.

فَإِذَا وَجَبَ عَلَيْهِ حَدُّ الْقَذْفِ حَقًّا لِلْعَبْدِ فَكَذَلِكَ سَائِرُ الْحُقُوقِ كَالْقِصَاصِ وَغَيْرِهِ (وَلَوْ ارْتَدَّ السُّكْرَانُ لَا تَبَيَّنُ مِنْهُ أَمْرُهُ لَمَّا ذُكِرَ أَنَّ الْكُفْرَ مِنْ بَابِ الْإِعْتِقَاقِ فَلَا يَتَحَقَّقُ مَعَ السُّكْرِ) وَرَوَى أَنَّ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ عَوْفٍ صَنَعَ طَعَامًا فَدَعَا بَعْضَ الصَّحَابَةِ فَأَكَلُوا وَسَفَّاهُمْ خَمْرًا وَكَانَ ذَلِكَ قَبْلَ تَحْرِيمِهَا، فَأَمَّهُمْ فِي صَلَاةِ الْمَغْرِبِ عَبْدُ الرَّحْمَنِ أَوْ غَيْرُهُ وَقَرَأَ سُورَةَ الْكَافُرُونَ بِطَرَحِ اللَّاعَاتِ مَعَ أَنَّ اعْتِقَادَهَا كُفْرٌ وَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ كُفْرًا مِنْ ذَلِكَ الْقَارِي، فَعَلِمَ أَنَّ السُّكْرَانَ لَا يَكْفُرُ بِمَا جَرَى عَلَى لِسَانِهِ مِنْ لَفْظِ الْكُفْرِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ حَدِّ الْقَذْفِ

(وَإِذَا قَذَفَ الرَّجُلُ رَجُلًا مُحْصَنًا أَوْ امْرَأَةً مُحْصَنَةً بِصَرِيحِ الزِّنَا، وَطَالِبُ الْمَقْدُوفِ بِالْحَدِّ حَدَّهُ الْحَاكِمُ ثَمَانِينَ سَوْطًا إِنْ كَانَ حُرًّا) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ﴾ [النور: ٤] إِلَى أَنْ قَالَ ﴿فَأَجْلِدُوهُنَّ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤] الْآيَةَ، وَالْمَرَادُ الرَّمْيُ بِالزِّنَا بِالْإِجْمَاعِ، وَفِي النَّصِّ إِشَارَةٌ إِلَيْهِ وَهُوَ اشْتِرَاطُ أَرْبَعَتَيْنِ مِنَ الشُّهُدَاءِ إِذْ هُوَ مُخْتَصٌّ بِالزِّنَا، وَيَشْتَرِطُ مُطَابَقَةُ الْمَقْدُوفِ لِأَنَّ فِيهِ حَقَّهُ مِنْ حَيْثُ دَفَعُ الْعَارِ وَإِحْصَانُ الْمَقْدُوفِ لَمَّا تَلَوْنَا. قَالَ (وَيُفَرَّقُ عَلَى أَعْضَائِهِ) لَمَّا مَرَّ فِي حَدِّ الزِّنَا (وَلَا يُجْرَدُ مِنْ ثِيَابِهِ) لِأَنَّ سَبَبَهُ غَيْرُ مَقْطُوعٍ فَلَا يَقَامُ عَلَى الشَّدَّةِ، بِخِلَافِ حَدِّ الزِّنَا (غَيْرَ أَنَّهُ يُنَزَعُ عَنْهُ الضَّرُّ وَالْحَشْوُ) لِأَنَّ ذَلِكَ يَمْنَعُ إِيصَالَ الْأَلَمِ بِهِ (وَإِنْ كَانَ الْقَاذِفُ عَبْدًا جُلْدُ أَرْبَعِينَ سَوْطًا لِمَكَانِ الرَّقِّ).

وَالْإِحْصَانُ أَنْ يَكُونَ الْمَقْدُوفُ حُرًّا عَاقِلًا بِالْعَا مَسْلَمًا عَفِيفًا عَنْ فِعْلِ الزِّنَا) أَمَّا الْحُرِّيَّةُ فَلَأَنَّهُ يُطْلَقُ عَلَيْهِ اسْمُ الْإِحْصَانِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿فَعَلَيْنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥] أَيِ الْحَرَائِرِ، وَالْعَقْلُ وَالْبُلُوغُ لِأَنَّ الْعَارَ لَا يَلْحَقُ بِالصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ لِعَدَمِ تَحَقُّقِ فِعْلِ الزِّنَا مِنْهُمَا، وَالْإِسْلَامُ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ أَشْرَكَ بِاللَّهِ فَلَيْسَ بِمُحْصَنٍ»^(١) وَالْعِفَّةُ لِأَنَّ غَيْرَ الْعَفِيفِ لَا يَلْحَقُهُ الْعَارُ، وَكَذَا الْقَاذِفُ صَادِقٌ فِيهِ.

الشرح:

(بَابُ حَدِّ الْقَذْفِ): الْقَذْفُ فِي اللَّغَةِ الرَّمِيُّ، وَفِي اصطلاح الفقهاء نسبة من أحصن إلى الزنا صريحاً أو دلالة (إِذَا قَذَفَ الرَّجُلُ رَجُلًا مُخَصَّنًا أَوْ امْرَأَةً مُخَصَّنَةً بِصَرِيحِ الزَّنا) الخالي عن الشبهة الذي لو أقام القاذف عليه أربعة من الشهود، أو أقر به المَقْدُوفُ لزمه حدُّ الزنا (وَطَالِبُ الْمَقْدُوفِ بِالْحَدِّ) وَعَجَزَ الْقَاذِفُ عَنْ اثْبَاتِ مَا قَذَفَهُ بِهِ (حَدَّهُ الْحَاكِمُ ثَمَانِينَ سَوْطًا إِنْ كَانَ حُرًّا لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ﴾ إِلَى أَنْ قَالَ ﴿فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤] (الآية، والمراد بقوله: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ﴾ (الرَّمِيُّ بِالزَّنا بِالْإِجْمَاعِ) وَإِلَيْهِ الْإِشَارَةُ فِي النَّصِّ لِأَنَّهُ شَرَطَ أَرْبَعَةً مِنَ الشُّهَدَاءِ وَهُوَ مُحْتَصٌ بِالزَّنا. وَاعْتَرَضَ بِأَنَّ التَّقْيِيدَ بِصَرِيحِ الزَّنا غَيْرُ مُفِيدٍ لِتَحَقُّقِهِ بِدُونِهِ بِأَنْ قَالَ لَسْتُ لِأَيْكَ، وَبِأَنَّ الْقِيَاسَ أَنْ لَا تَجِبَ الْمُطَالَبَةُ لِأَنَّ حَقَّ اللَّهِ فِيهِ غَالِبٌ، وَالْمَقْلُوبُ فِي مُقَابَلَتِهِ كَالْمُسْتَهْلِكِ، وَلَكِنْ وَجِبَتْ فَلَيْسَتْ مُطَالَبَةُ الْمَقْدُوفِ بِإِلَازِمَةٍ، فَإِنْ ابْنُهُ إِذَا طَالَبَهُ حَدًّا. وَالْجَوَابُ أَنَّهُ إِذَا قَذَفَهُ بِصَرِيحِ الزَّنا وَوَجَدَ الشَّرْطَ وَجِبَ الْحَدُّ لَا مَحَالَةَ فَتِلْكَ قَضِيَّةٌ صَادِقَةٌ، وَأَمَّا إِذَا قَذَفَهُ بِنَفْيِ النَّسَبِ لَا يَجِبُ فَلَيْسَ بِإِلَازِمٍ لِأَنَّ التَّقْيِيدَ بِهِ لِإِخْرَاجِ مَا كَانَ مِنْهُ بِطَرِيقِ الْكِنَايَةِ مِثْلَ أَنْ يَقُولَ: يَا زَانِي فَقَالَ آخَرُ صَدَقْتَ لَا لِإِخْرَاجِ مَا ذَكَرْتُمْ، وَحَقُّ الْعَبْدِ وَإِنْ كَانَ مَعْلُوبًا لَكِنْ يَصْلُحُ اشْتِرَاطُ مُطَالَبَتِهِ احْتِيَاظًا لِلدَّرءِ، وَابْنُ الْمَقْدُوفِ إِنَّمَا يَقْدِرُ عَلَى الْمُطَالَبَةِ لِقِيَامِهِ مَقَامَ الْمَقْدُوفِ، وَلِهَذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ حَقُّ الْمُطَالَبَةِ إِلَّا إِذَا كَانَ الْمَقْدُوفُ مَيَّنًا لِيَتَحَقَّقَ قِيَامُهُ مَقَامَهُ مِنْ كُلِّ وَجْهِ وَقَوْلُهُ وَيُفَرَّقُ) يَعْنِي الضَّرْبَ (عَلَى أَعْضَاءِ الْقَاذِفِ عَلَى مَا مَرَّ فِي حَدِّ الزَّنا) وَهُوَ قَوْلُهُ لِأَنَّ الْجَمْعَ فِي غَضَبٍ وَاحِدٍ يُفْضِي إِلَى التَّلَفِ (وَلَا يُجَرَّدُ مِنْ تَيَابِهِ لِأَنَّ سَبِيهَهُ غَيْرُ مَقْطُوعٍ بِهِ) لِاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ الْقَاذِفُ صَادِقًا فِي نِسْبَتِهِ إِلَى الزَّنا وَإِنْ كَانَ عَاجِزًا عَنْ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ لِأَنَّهَا عَلَى الْوَصْفِ الْمَشْرُوطِ فِيهِ لَا تَكَادُ تَحْصُلُ (فَلَا يُقَامُ عَلَى الشَّدَّةِ بِخِلَافِ حَدِّ الزَّنا) حَيْثُ يُجَرَّدُ فِيهِ مِنْ تَيَابِهِ لِأَنَّ سَبِيهَهُ مُعَايِنٌ بِالْبَيِّنَةِ أَوْ الْإِقْرَارِ، وَهَاهُنَا بَعْدَ ثُبُوتِ الْقَذْفِ بِالْبَيِّنَةِ أَوْ الْإِقْرَارِ يَتَوَقَّفُ إِقَامَةُ الْحَدِّ عَلَى مَعْنَى آخَرَ وَهُوَ كَذِبُهُ فِي النَّسْبَةِ إِلَى الزَّنا وَهُوَ غَيْرُ مُتَيَقِّنٍ بِهِ. وَقَوْلُهُ (غَيْرُ أَنَّهُ يُنْزَعُ عَنْهُ الْحَشْوُ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ وَلَا يُجَرَّدُ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ ذَلِكَ) يَعْنِي الْفِرْوَ وَالْحَشْوُ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿عَوَانُ بَيْنَ ذَلِكَ﴾

[البقرة: ٦٨] وَقَوْلُهُ (وَإِنْ كَانَ الْقَاذِفُ عَبْدًا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَالْإِحْصَانُ) بَيَانُ شَرْطِهِ. وَقَوْلُهُ (لَعَدَمِ تَحَقُّقِ فِعْلِ الزَّنا مِنْهُمَا) قِيلَ عَلَيْهِ لَوْ كَانَ كَذَلِكَ لَحُدُّ مَنْ قَذَفَ الْمَجْنُونُ الَّذِي رَزَى فِي حَالِ جُنُونِهِ وَلَا يُحَدُّ وَإِنْ قَذَفَهُ بَعْدَ الْإِفَاقَةِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ مَعْنَى قَوْلِهِ لَعَدَمِ تَحَقُّقِ فِعْلِ الزَّنا مِنْهُمَا الزَّنا الَّذِي يُؤْتَمُّ صَاحِبُهُ وَيُوجِبُ الْحُدَّ عَلَيْهِ وَلَمْ يُوجَدْ مِنْهُمَا، وَأَمَّا الْوَطْءُ الَّذِي هُوَ غَيْرُ مَمْلُوكٍ فَقَدْ تَحَقَّقَ مِنْهُمَا، وَبِالنَّظَرِ إِلَى هَذَا كَانَ الْقَاذِفُ صَادِقًا فِي قَذْفِهِ فَلَا يَجِبُ الْحُدُّ عَلَى الْقَاذِفِ وَلَا عَلَى الْمَقْذُوفِ كَمَنْ قَذَفَ رَجُلًا بِوَطْءٍ شُبْهَةٍ أَوْ وَطْئٍ جَارِيَتِهِ الْمُشْتَرَكَةِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ. وَقَوْلُهُ: وَالْإِسْلَامُ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ أَشْرَكَ بِاللَّهِ فَلَيْسَ بِمُحْصَنٍ» تَقْرِيرُهُ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَوْجَبَ حَدَّ الْقَذْفِ بِقَذْفِ الْمُحْصَنِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْآيَةَ. وَالْكَافِرُ لَيْسَ بِمُحْصَنٍ لِقَوْلِهِ ﷺ: «مَنْ أَشْرَكَ بِاللَّهِ فَلَيْسَ بِمُحْصَنٍ» فَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ حَدُّ الْقَذْفِ

(وَمَنْ نَفَى نَسَبَ غَيْرِهِ فَقَالَ لَسْتُ لِأَبِيكَ فَإِنَّهُ يُحَدُّ) وَهَذَا إِذَا كَانَتْ أُمُّهُ حُرَّةً مُسْلِمَةً، لِأَنَّهُ فِي الْحَقِيقَةِ قَذَفَ لِأُمِّهِ لِأَنَّ النِّسْبَ إِنَّمَا يُنْفَى عَنِ الزَّانِي لَا عَنِ غَيْرِهِ.

الشرح:

وَمَنْ نَفَى نَسَبَ غَيْرِهِ فَقَالَ لَسْتُ لِأَبِيكَ يُحَدُّ إِنْ كَانَتْ أُمُّهُ حُرَّةً مُسْلِمَةً لِأَنَّهُ فِي الْحَقِيقَةِ قَذَفَ أُمَّهُ لِأَنَّهُ نَفَى النِّسْبَ (وَالنِّسْبُ إِنَّمَا يُنْفَى عَنِ الزَّانِي لَا عَنِ غَيْرِهِ) وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ فَرَضَ الْمَسْأَلَةِ فِيمَا إِذَا كَانَ أَبُوهُ وَأُمُّهُ مَعْرُوفَيْنِ وَنَسَبُهُ مِنَ الْأُمِّ ثَابِتٌ بَيِّقِينَ وَنَفَاهُ عَنِ الْأَبِ الْمَعْرُوفِ فَكَانَ دَلِيلًا عَلَى أَنَّهُ رَزَى بِأُمِّهِ وَفِي ذَلِكَ قَذْفٌ لِأُمِّهِ لَا مَحَالَةَ. قِيلَ يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ فِي حَالَةِ الْغَضَبِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ كَالَّتِي بَعْدَهَا. وَقِيلَ يَجِبُ أَنْ لَا يَجِبَ الْحُدُّ هَاهُنَا وَإِنْ كَانَ قَذْفُهُ فِي حَالَةِ الْغَضَبِ لِحَوَازِ أَنْ يَنْفِي النِّسْبَ عَنْ أَبِيهِ مِنْ غَيْرِ أَنْ تَكُونَ الْأُمُّ زَانِيَةً مِنْ كُلِّ وَجْهِ بِأَنْ تَكُونَ مَوْطُوءَةً بِشُبْهَةٍ وَلَدَتْ فِي عِدَّةِ الْوَاطِئِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ مَا ذَكَرْتَهُ وَجْهَ الْقِيَاسِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَوُجُوبُ الْحُدِّ فِيهَا بِالِاسْتِحْسَانِ بِالْأَثَرِ قَالَ فِي الْمَسْئُوتِ: وَإِنَّمَا تَرَكْنَا هَذَا الْقِيَاسَ لِحَدِيثِ ابْنِ مَسْعُودٍ قَالَ: «لَا حَدَّ إِلَّا فِي قَذْفِ مُحْصَنَةٍ أَوْ نَفَى رَجُلٍ عَنْ أَبِيهِ».

(وَمَنْ قَالَ لَغَيْرِهِ فِي غَضَبٍ لَسْتُ بِابْنِ فُلَانٍ لِأَبِيهِ الَّذِي يُدْعَى لَهُ يُحَدُّ، وَلَوْ قَالَ فِي غَيْرِ غَضَبٍ لَا يُحَدُّ) لِأَنَّ عِنْدَ الْغَضَبِ يُرَادُ بِهِ حَقِيقَتُهُ سَبًّا لَهُ، وَفِي غَيْرِهِ يُرَادُ بِهِ

الْمُعَاتَبَةُ بِنَفْسِ مُشَابَهَتِهِ أَبَاهُ فِي أَسْبَابِ الْمَرْوَةِ (وَلَوْ قَالَ لَسْتُ بِابْنِ فُلَانٍ يَعْنِي جَدَّهُ لَمْ يُحَدِّدْ) لِأَنَّهُ صَادِقٌ فِي كَلَامِهِ، وَلَوْ نَسَبَهُ إِلَى جَدِّهِ لَا يُحَدِّدُ أَيْضًا لِأَنَّهُ قَدْ يُنْسَبُ إِلَيْهِ مَجَازًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ قَالَ لَغَيْرِهِ فِي غَضَبٍ إلخ) ظَاهِرٌ، وَطُولِبَ بِالْفَرْقِ بَيْنَ هَذِهِ وَبَيْنَ قَوْلِهِ فِي حَالَةِ الْغَضَبِ أَوْ غَيْرِهَا لَسْتُ بِابْنِ فُلَانٍ وَلَا بِابْنِ فُلَانَةٍ وَهِيَ أُمُّهُ الَّتِي تُدْعَى لَهُ حَيْثُ لَا يَكُونُ قَذْفًا مَعَ أَنَّ الْقَذْفَ يُرَادُ بِهَذَا اللَّفْظِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ قَوْلَهُ وَلَا بِابْنِ فُلَانَةٍ نَفْيٌ عَنْهَا، وَإِنَّمَا يَنْتَفِي عَنْ أُمِّهِ بِانْتِفَاءِ الْوِلَادَةِ فَكَانَ نَفْيًا لِلْوِلَادَةِ، وَنَفْيُ الْوِلَادَةِ نَفْيُ الْوَطْءِ وَنَفْيُ الْوَطْءِ نَفْيُ الزَّنا، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَقُلْ ذَلِكَ لِأَنَّهُ نَفَى عَنْ الْوَالِدِ، وَوِلَادَةُ الْوَلَدِ ثَابِتَةٌ مِنْ أُمِّهِ فَصَارَ كَأَنَّهُ قَالَ لَهُ أَنْتَ وَلَدُ الزَّنا.

(وَلَوْ قَالَ لَهُ يَا ابْنَ الزَّانِيَةِ وَأُمُّهُ مَيِّتَةٌ مُحْصَنَةٌ فَطَالِبُ الْإِبْنِ بِحَدِّهِ حُدُّ الْقَاذِفِ) لِأَنَّهُ قَذْفٌ مُحْصَنَةٍ بَعْدَ مَوْتِهَا (وَلَا يُطَالَبُ بِحَدِّ الْقَذْفِ لِلْمَيِّتِ إِلَّا مَنْ يَقَعُ الْقَذْحُ فِي نَسَبِهِ بِقَذْفِهِ وَهُوَ الْوَالِدُ وَالْوَلَدُ) لِأَنَّ الْعَارَ يُلْتَحَقُ بِهِ لِمَكَانِ الْجُرْئِيَّةِ فَيَكُونُ الْقَذْفُ مُتَنَاوِلًا لَهُ مَعْنًى. وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ يَثْبُتُ حَقُّ الْمُطَالِبَةِ لِكُلِّ وَارِثٍ لِأَنَّ حَدَّ الْقَذْفِ يُورَثُ عَنْهُ عَلَى مَا ثُبِّنَ، وَعِنْدَنَا وَلَايَةُ الْمُطَالِبَةِ لَيْسَتْ بِطَرِيقِ الْإِرْثِ بَلْ لَمَّا ذَكَرْنَاهُ، وَلِهَذَا يَثْبُتُ عِنْدَنَا لِلْمَحْرُومِ عَنِ الْمِيرَاثِ بِالْقَتْلِ، وَيَثْبُتُ لَوْلَدِ الْبَنَتِ كَمَا يَثْبُتُ لَوْلَدِ الْإِبْنِ خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ، وَيَثْبُتُ لَوْلَدِ الْوَلَدِ حَالَ قِيَامِ الْوَلَدِ خِلَافًا لَزُفَرٍ.

الشرح:

قَالَ (وَلَوْ قَالَ لَهُ يَا ابْنَ الزَّانِيَةِ وَأُمُّهُ مَيِّتَةٌ مُحْصَنَةٌ فَطَالِبُ الْإِبْنِ بِحَدِّهِ حُدُّ الْقَاذِفِ) لِأَنَّهُ قَذْفٌ مُحْصَنَةٍ بَعْدَ مَوْتِهَا (وَلَا يُطَالَبُ بِحَدِّ الْقَذْفِ لِلْمَيِّتِ إِلَّا مَنْ يَقَعُ الْقَذْحُ فِي نَسَبِهِ بِقَذْفِهِ وَهُوَ الْوَالِدُ وَالْوَلَدُ) يَعْنِي الْأَبَ وَالْجَدَّ وَإِنْ عَلَا، وَالْوَلَدُ وَلَوْلَدِ الْوَلَدِ وَإِنْ سَفَلَ، ثَقُلَهُ صَاحِبُ النَّهَائَةِ عَنْ الْفَقِيهِ أَبِي اللَّيْثِ، ثُمَّ قَالَ: كَذَا وَجَدْتُ بِخَطِّ شَيْخِي، وَثَقُلَ غَيْرُهُ مِنَ الشَّارِحِينَ عَنْ شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ (لِأَنَّ الْعَارَ يُلْتَحَقُ بِهِ) أَيُّ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْوَالِدِ وَالْوَلَدِ (لِمَكَانِ الْجُرْئِيَّةِ فَيَكُونُ الْقَذْفُ مُتَنَاوِلًا لَهُ مَعْنًى) وَرَدُّ بِأَنَّ التَّغْلِيلَ بِالْجُرْئِيَّةِ غَيْرُ صَحِيحٍ لِتَخَلُّفِ الْحُكْمِ عَنْهَا إِذَا كَانَ الْمَقْذُوفُ حَيًّا غَائِبًا فَإِنَّهُ لَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يَأْخُذَ بِحَدِّهِ إِذَا ذَاكَ.

وَأَجِيبَ بِأَنَّ الْأَصْلَ فِي الْبَابِ هُوَ الْمَقْدُوفُ لَا مَحَالَةَ وَغَيْرُهُ مِمَّنْ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ جُزْئِيَّةٌ يَقُومُ مَقَامَهُ، وَإِنَّمَا يَقُومُ الشَّيْءُ مَقَامَ غَيْرِهِ إِذَا وَقَعَ الْيَأْسُ مِنَ الْأَصْلِ، وَإِنَّمَا يَقَعُ الْيَأْسُ بِمَوْتِهِ فَلَا يَقُومُ غَيْرُهُ مَقَامَهُ قَبْلَ مَوْتِهِ. وَقَوْلُهُ (وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ) ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ (لَمَّا ذَكَرْنَاهُ) يَعْنِي قَوْلُهُ لِأَنَّ الْعَارَ يُلْتَحَقُ بِهِ. وَقَوْلُهُ (كَمَا يَثْبُتُ لَوْلَدِ الْإِبْنِ) يَعْنِي بِالِاتِّفَاقِ (خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ) فَإِنَّهُ رُوِيَ عَنْهُ أَنَّ حَقَّ الْمَطَالِبَةِ لَا يَثْبُتُ لَوْلَدِ الْبِنْتِ لِأَنَّهُ مَنْسُوبٌ. إِلَى أَبِيهِ لَا إِلَى أُمِّهِ فَلَا يَلْحَقُهُ الشَّيْنُ بِزَنَاءِ أَبِي أُمِّهِ. وَفِي ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ: النَّسَبُ يَثْبُتُ مِنَ الطَّرَفَيْنِ وَيَصِيرُ الْوَلَدُ بِهِ كَرَبِّهِ الطَّرَفَيْنِ (وَيَثْبُتُ لَوْلَدِ الْوَلَدِ حَالِ قِيَامِ الْوَلَدِ)

وَقَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَيْسَ لَوْلَدِ الْوَلَدِ حَالِ قِيَامِ الْوَلَدِ أَنْ يُخَاصِمَ، لِأَنَّ الشَّيْنَ الَّذِي يَلْحَقُ الْوَلَدَ فَوْقَ الَّذِي يَلْحَقُ وَلَدَ الْوَلَدِ، فَصَارَ وَلَدُ الْوَلَدِ مَعَ قِيَامِ الْوَلَدِ كَالْوَلَدِ مَعَ بَقَاءِ الْمَقْدُوفِ، وَاعْتَبَرَ هَذَا بِطَلَبِ الْكَفَاءَةِ فَإِنَّهُ لَا خُصُومَةَ فِيهِ مَعَ بَقَاءِ الْأَقْرَبِ. وَلَكِنَّا نَقُولُ: حَقُّ الْخُصُومَةِ بِاعْتِبَارِ مَا لَحَقَهُ مِنَ الشَّيْنِ بِنِسْبَتِهِ إِلَيْهِ، وَذَلِكَ مَوْجُودٌ فِي حَقِّ وَلَدِ الْوَلَدِ كَوْجُودِهِ فِي حَقِّ الْوَالِدِ، فَإِنَّهُمَا خَاصِمٌ يُقَامُ الْحَدُّ لَخُصُومَتِهِ، بِخِلَافِ الْمَقْدُوفِ فَإِنَّ حَقَّ الْخُصُومَةِ. لَهُ. بِاعْتِبَارِ تَنَاوُلِ الْقَاذِفِ مِنْ عَرْضِهِ مَقْصُودًا، وَذَلِكَ لَا يُوْجَدُ فِي حَقِّ وَلَدِهِ، وَبِخِلَافِ الْكَفَاءَةِ فَإِنَّ طَلِبَهَا إِنَّمَا يَثْبُتُ لِلْأَقْرَبِ بِقَوْلِهِ ﷺ: «الْإِلْتِكَاحُ إِلَى الْعَصَبَاتِ» وَفِي الْحُكْمِ الْمُرْتَبِّ عَلَى الْعُصُوبَةِ يُقَدِّمُ الْأَقْرَبُ عَلَى الْأَبْعَدِ.

(وَإِذَا كَانَ الْمَقْدُوفُ مُحْصَنًا جَازَ لِابْنِهِ الْكَافِرِ وَالْعَبْدِ أَنْ يُطَالَبَ بِالْحَدِّ) خِلَافًا لِرُفْرٍ. هُوَ يَقُولُ: الْقَذْفُ يَتَنَاوَلُهُ مَعْنَى لِرُجُوعِ الْعَارِ إِلَيْهِ، وَلَيْسَ طَرِيقُهُ الْإِرْثَ عِنْدَنَا فَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ مُتَنَاوِلًا لَهُ صُورَةٌ وَمَعْنَى. وَلَنَا أَنَّهُ غَيْرُهُ بِقَذْفِ مُحْصَنٍ فَيَأْخُذُهُ بِالْحَدِّ، وَهَذَا لِأَنَّ الْإِحْصَانَ فِي الَّذِي يُنْسَبُ إِلَى الزَّنَا شَرَطٌ لِيَقَعَ تَعْيِيرًا عَلَى الْكَمَالِ ثُمَّ يَرْجِعُ هَذَا التَّعْيِيرُ الْكَامِلُ إِلَى وَلَدِهِ، وَالْكَفْرُ لَا يُنَافِي أَهْلِيَّةَ الْإِسْتِحْقَاقِ، بِخِلَافِ إِذَا تَنَاوَلَ الْقَذْفُ نَفْسَهُ لِأَنَّهُ لَمْ يُوْجَدْ التَّعْيِيرُ عَلَى الْكَمَالِ لَفَقْدِ الْإِحْصَانِ فِي الْمُنْسُوبِ إِلَى الزَّنَا (وَلَيْسَ لِلْعَبْدِ أَنْ يُطَالَبَ بِمَوْلَاهُ بِقَذْفِ أُمِّهِ الْحُرَّةِ، وَلَا لِلابْنِ أَنْ يُطَالَبَ بِأَبَاهُ بِقَذْفِ أُمِّهِ الْحُرَّةِ الْمُسْلِمَةِ) لِأَنَّ الْمَوْلَى لَا يُعَاقَبُ بِسَبَبِ عَبْدِهِ، وَكَذَا الْأَبُ بِسَبَبِ ابْنِهِ، وَلِهَذَا لَا يُقَادُ الْوَالِدُ بِوَلَدِهِ وَلَا السَّيِّدُ بِعَبْدِهِ، وَلَوْ كَانَ لَهَا ابْنٌ مِنْ غَيْرِهِ لَهُ أَنْ يُطَالَبَ لِتَحْقُقِ السَّبَبِ وَانْعِدَامِ الْمَانِعِ.

الشرح:

وَإِذَا كَانَ الْمَقْدُوفُ مُحْصَنًا وَهُوَ مَيِّتٌ (جَازَ لِابْنِهِ الْكَافِرِ وَالْعَبْدِ أَنْ يُطَالِبَ بِالْحَدِّ، خِلَافًا لِرُفْرٍ. هُوَ يَقُولُ: الْقَذْفُ تَنَاوُلُهُ مَعْنَى لِرُجُوعِ الْعَارِ إِلَيْهِ، وَلَيْسَ طَرِيقُهُ الْإِرْثَ عِنْدَنَا) لِأَنَّ حَدَّ الْقَذْفِ لَا يُورَثُ (فَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ مُتَنَاوِلًا لَهُ صُورَةٌ وَمَعْنَى فِي رُجُوعِ الْعَارِ إِلَيْهِ، وَلَوْ كَانَ مُتَنَاوِلًا لَهُ صُورَةٌ وَمَعْنَى بِأَنْ قَذَفَهُ قَاذِفٌ ابْتِدَاءً لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ الْحَدُّ لِعَدَمِ إِحْصَانِ الْمَقْدُوفِ، فَكَذَا إِذَا تَنَاوَلَهُ مَعْنَى. قِيلَ قَوْلُهُ وَلَيْسَ طَرِيقُهُ الْإِرْثَ غَيْرُ مُفِيدٍ لَهُ فِي هَذَا الْمَقَامِ، لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ طَرِيقُهُ الْإِرْثَ أَيْضًا لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يُخَاصِمَ، لِأَنَّ الْمَانِعَ عَنِ الْإِرْثِ مَوْجُودٌ وَهُوَ الْكُفْرُ أَوْ الرِّقُّ. وَقِيلَ تَحْرِيرُ كَلَامِهِ أَنَّ الْحَدَّ إِمَّا أَنْ يَجِبَ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ عَلَى الْقَاذِفِ لِقَذْفِهِ أَمْ الْمَقْدُوفِ أَوْ لِقَذْفِ نَفْسِ هَذَا الْإِنِّ الْكَافِرِ، لَا جَائِزٌ أَنْ يَكُونَ لِأَجْلِ أُمِّهِ لِأَنَّ الْحَدَّ لَا يُورَثُ وَلَا أَنْ يَكُونَ لِأَجْلِ نَفْسِهِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُحْصَنٍ وَهُوَ كَمَا تَرَى (وَلَنَا أَنَّهُ غَيْرُهُ بِقَذْفِ مُحْصَنٍ) وَهُوَ ظَاهِرٌ، لِأَنَّ فَرْضَ الْمَسْأَلَةِ فِيهِ وَكُلُّ مَنْ غَيْرَ بِقَذْفِ مُحْصَنٍ جَازَ أَنْ يَأْخُذَ بِحَدِّهِ لِأَنَّهُ تَغْيِيرٌ عَلَى الْكَمَالِ فَيَقْتَضِي زَاجِرًا. وَأَشَارَ الْمُصَنِّفُ إِلَى هَذَا الْكَلَامِ بِقَوْلِهِ.

(وَهَذَا لِأَنَّ الْإِحْصَانَ فِي الَّذِي يُنْسَبُ إِلَى الزَّنا شَرْطٌ لِيَقَعَ تَغْيِيرًا عَلَى الْكَمَالِ ثُمَّ يَرْجِعُ هَذَا، التَّغْيِيرُ الْكَامِلُ إِلَى وَلَدِهِ) فَجَازَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ بِالْحَدِّ. فَإِنْ قِيلَ: جَازَ أَنْ يَكُونَ الْمَانِعُ مَوْجُودًا فَلَا يَتَرْتَّبُ الْحُكْمُ عَلَى الْمُقْتَضَى. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَالْكَفْرُ لَا يُنَافِي أَهْلِيَّةَ الاسْتِحْقَاقِ) أَيُّ اسْتِحْقَاقِ أَهْلِيَّةِ الْخُصُومَةِ لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَهَا بِاعْتِبَارِ لِحُوقِ الشَّيْنِ وَذَلِكَ مَوْجُودٌ فِي الْوَلَدِ الْكَافِرِ وَالْمَمْلُوكِ لِأَنَّ النَّسَبَةَ لَا تَنْقَطِعُ بِالرِّقِّ وَالْكَفْرِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا تَنَاوَلَ الْقَذْفُ نَفْسَهُ فَإِنَّهُ لَا يُوجَدُ التَّغْيِيرُ عَلَى الْكَمَالِ لِقَدْرِ الْإِحْصَانِ فِي الْمُنْسُوبِ إِلَى الزَّنا.

قَالَ (وَلَيْسَ لِلْعَبْدِ أَنْ يُطَالِبَ مَوْلَاهُ بِقَذْفِ أُمِّهِ الْحُرَّةِ وَلَا لِابْنِ أَنْ يُطَالِبَ أَبَاهُ) أَوْ جَدَّهُ وَإِنْ عَلَا (بِقَذْفِ أُمِّهِ) وَجَدَّتِهِ وَإِنْ عَلَتْ، وَلَا أُمُّهُ وَلَا جَدَّتُهُ وَإِنْ عَلَتْ بِقَذْفِ نَفْسِهِ (لِأَنَّ الْمَوْلَى لَا يُعَاقَبُ بِسَبِّ عَبْدِهِ) قَالَ ﷺ: «لَا يُقَادُّ الْوَالِدُ بِوَلَدِهِ وَلَا السَّيِّدُ بِعَبْدِهِ» فَلَمَّا لَمْ يَجِبِ الْقِصَاصُ وَالْمُغْلَبُ فِيهِ حَقُّ الْعَبْدِ وَسَبُّهُ مُتَيَقِّنٌ بِهِ فَلَا أَنْ لَا يَجِبَ حَدُّ الْقَذْفِ وَالْمُغْلَبُ فِيهِ حَقُّ اللَّهِ وَسَبُّهُ وَهُوَ الْقَذْفُ غَيْرُ مُتَيَقِّنٍ بِهِ لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ

صَادِقًا فِيمَا نَسَبَهُ إِلَيْهِ أُولَى. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ كَانَ لَهَا ابْنٌ مِنْ غَيْرِهِ) وَاضِحٌ.

(وَمَنْ قَذَفَ غَيْرَهُ فَمَاتَ الْمَقْذُوفُ بِطَلِّ الْحَدِّ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَبْطُلُ (وَلَوْ مَاتَ بَعْدَمَا أَقِيمَ بَعْضُ الْحَدِّ بِطَلِّ الْبَاقِي) عِنْدَنَا خِلَافًا لَهُ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ يُورَثُ عِنْدَهُ وَعِنْدَنَا لَا يُورَثُ، وَلَا خِلَافَ أَنْ فِيهِ حَقُّ الشَّرْعِ وَحَقُّ الْعَبْدِ فَإِنَّهُ شَرِيعٌ لِدَفْعِ الْعَارِ عَنِ الْمَقْذُوفِ وَهُوَ الَّذِي يَنْتَفِعُ بِهِ عَلَى الْخُصُوصِ، فَمِنْ هَذَا الْوَجْهِ حَقُّ الْعَبْدِ، ثُمَّ إِنَّهُ شَرِيعٌ زَاجِرٌ وَمِنْهُ سُمِّيَ حَدًّا، وَالْمَقْصُودُ مِنْ شَرْعِ الزَّاجِرِ إِخْلَاءُ الْعَالَمِ عَنِ الْفَسَادِ، وَهَذَا آيَةٌ حَقُّ الشَّرْعِ وَبِكُلِّ ذَلِكَ تَشْهَدُ الْأَحْكَامُ. وَإِذَا تَعَارَضَتِ الْجِهَتَانِ، فَالشَّافِعِيُّ مَالَ إِلَى تَغْلِيْبِ حَقِّ الْعَبْدِ تَقْدِيمًا لِحَقِّ الْعَبْدِ بِاعْتِبَارِ حَاجَتِهِ وَغِنَى الشَّرْعِ، وَنَحْنُ صِرْنَا إِلَى تَغْلِيْبِ حَقِّ الشَّرْعِ لِأَنَّ مَا لِلْعَبْدِ مِنَ الْحَقِّ يَتَوَلَّاهُ مَوْلَاهُ فَيَصِيرُ حَقُّ الْعَبْدِ مَرْعِيًّا بِهِ، وَلَا كَذَلِكَ عَكْسُهُ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لِلْعَبْدِ فِي اسْتِيفَاءِ حُقُوقِ الشَّرْعِ إِلَّا نِيَابَةً عَنْهُ، وَهَذَا هُوَ الْأَصْلُ الْمَشْهُورُ الَّذِي يَتَخَرَّجُ عَلَيْهِ الْفُرُوعُ الْمُخْتَلَفُ فِيهَا مِنْهَا الْإِرْثُ، إِذِ الْإِرْثُ يَجْرِي فِي حُقُوقِ الْعِبَادِ لَا فِي حُقُوقِ الشَّرْعِ. وَمِنْهَا الْعَفْوُ فَإِنَّهُ لَا يَصِحُّ عَفْوُ الْمَقْذُوفِ عِنْدَنَا وَيَصِحُّ عِنْدَهُ. وَمِنْهَا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ الْاعْتِيَاظُ عَنْهُ وَيَجْرِي فِيهِ التَّدَاخُلُ وَعِنْدَهُ لَا يَجْرِي. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ فِي الْعَفْوِ مِثْلُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ: وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ: إِنَّ الْغَالِبَ حَقُّ الْعَبْدِ وَخَرَجَ الْأَحْكَامُ، وَالْأَوَّلُ أَظْهَرُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَبِكُلِّ ذَلِكَ تَشْهَدُ الْأَحْكَامُ) أَمَّا الْأَحْكَامُ الَّتِي تُدَلُّ عَلَى أَنَّهُ حَقُّ الْعَبْدِ فَهُوَ أَنَّهُ يُسْتَوْفَى بِالْيَمِينَةِ بَعْدَ تَقَادُمِ الْعَهْدِ وَلَا يَعْمَلُ فِيهِ الرُّجُوعُ عَنِ الْإِقْرَارِ، وَكَذَلِكَ لَا يُسْتَوْفَى إِلَّا بِخُصُومَةٍ، وَإِنَّمَا يُسْتَوْفَى بِخُصُومَةٍ مَا هُوَ حَقُّهُ، بِخِلَافِ السَّرِقَةِ فَإِنَّ خُصُومَتَهُ هُنَاكَ لِلْمَالِ دُونَ الْحَدِّ، حَتَّى لَوْ بَطَلَ الْحَدُّ لَمَعْنَى الشُّبْهَةِ لَا يَبْطُلُ الْمَالُ، وَيُقَامُ هَذَا الْحَدُّ عَلَى الْمُسْتَأْمَنِ، وَإِنَّمَا يُؤْخَذُ الْمُسْتَأْمَنُ بِمَا هُوَ مِنْ حُقُوقِ الْعِبَادِ، وَيُقَدَّمُ اسْتِيفَاؤُهُ عَلَى حَدِّ الزَّنا وَحَدِّ السَّرِقَةِ وَشَرْبِ الْخَمْرِ، حَتَّى أَنْ رَجُلًا لَوْ قُبِتَ عَلَيْهِ بِإِقْرَارِهِ الزَّنا وَالسَّرِقَةَ وَشَرْبِ الْخَمْرِ وَالْقَذْفُ وَفَقَّ عَيْنَ رَجُلٍ يُبْدَأُ بِالْقِصَاصِ فِي الْعَيْنِ لِأَنَّهُ مُحَضُّ حَقِّ الْعَبْدِ، وَحَقُّ الْعَبْدِ مُقَدَّمٌ فِي الْاسْتِيفَاءِ لِمَا يَلْحَقُهُ مِنَ الضَّرَرِ بِالتَّأْخِيرِ لِأَنَّهُ يَخَافُ الْفَوْتَ، وَاللَّهُ تَعَالَى لَا يَفُوتُهُ شَيْءٌ، إِذَا بَرِئَ مِنْ ذَلِكَ يُقَامُ عَلَيْهِ حَدُّ الْقَذْفِ. وَأَمَّا الْأَحْكَامُ الَّتِي تَشْهَدُ عَلَى أَنَّهُ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى فَفِيهَا أَنْ الْاسْتِيفَاءَ إِلَى الْإِمَامِ،

وَالْإِمَامُ إِنَّمَا يَتَعَيَّنُ نَائِبًا فِي اسْتِيفَاءِ حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى، وَأَمَّا حَقُّ الْعَبْدِ فَاسْتِيفَاؤُهُ إِلَيْهِ، وَلَا يَحْلِفُ فِيهِ الْقَازِفُ وَلَا يَنْقَلِبُ مَا لَا عِنْدَ السَّقُوطِ.

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ مَا لِلْعَبْدِ مِنَ الْحَقِّ إلخ) قِيلَ فِيهِ نَظَرٌ، لِأَنَّهُ يَلْزَمُ أَنْ لَا يَكُونَ حَقُّ الْعَبْدِ غَالِبًا إِذَا اجْتَمَعَ الْحَقَّانِ أَصْلًا. وَهُوَ خِلَافُ الْأُصُولِ وَالْمُنْقُولِ، فَإِنَّ الْقِصَاصَ مِمَّا اجْتَمَعَ فِيهِ وَحَقُّ الْعَبْدِ غَالِبٌ. وَاعْتَرَضَ بِأَنَّ مِنَ الْأَحْكَامِ مَا يُنَافِي الْحَقِّينِ جَمِيعًا وَهُوَ أَنَّهُ يَسْقُطُ بِمَوْتِ الْمَقْدُوفِ وَشَيْءٌ مِنَ الْحَقِّينِ لَا يَسْقُطُ بِهِ. وَأُجِيبَ بَأَنَّا لَا نَقُولُ إِنَّهُ يَسْقُطُ بِمَوْتِهِ وَلَكِنْ يَتَعَذَّرُ اسْتِيفَاؤُهُ لِعَدَمِ شَرْطِهِ، فَإِنَّ الشَّرْطَ خُصُومَةُ الْمَقْدُوفِ وَلَا يَتَحَقَّقُ بِهِ الْخُصُومَةُ بَعْدَ مَوْتِهِ.

وَقَوْلُهُ (وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ) يُرِيدُ بِهِ صَدَرَ الْإِسْلَامِ أَبَا الْيُسْرِ، فَإِنَّهُ ذَكَرَ فِي مَبْسُوطِهِ. وَالصَّحِيحُ أَنَّ الْمَغْلَبَ فِيهِ حَقُّ الْعَبْدِ كَمَا قَالَ الشَّافِعِيُّ، لِأَنَّ أَكْثَرَ الْأَحْكَامِ تَدُلُّ عَلَيْهِ، وَالْمَعْقُولُ يَشْهَدُ لَهُ لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّ الْعَبْدَ مُنْتَفِعٌ بِهِ عَلَى الْخُصُوصِ. وَقَدْ نَصَّ مُحَمَّدٌ فِي الْأَصْلِ أَنَّ حَدَّ الْقَذْفِ حَقُّ الْعَبْدِ كَالْقِصَاصِ إِلَّا أَنَّهُ فَوْضَ إِقَامَتِهِ إِلَى الْإِمَامِ لِأَنَّهُ لَا يَهْتَدِي كُلُّ أَحَدٍ إِلَى إِقَامَةِ الْجَلْدِ. وَقَوْلُهُ (وَخَرَجَ الْأَحْكَامُ) أَيُّ أَجَابَ عَنْ الْأَحْكَامِ الَّتِي تَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ حَقُّ اللَّهِ بِجَوَابٍ يُوَافِقُ الْمَذْهَبَ فَقَالَ فِي التَّفْوِيضِ إِلَى الْإِمَامِ مَا ذَكَرْنَا أَنَّ كُلَّ أَحَدٍ لَا يَهْتَدِي إِلَى إِقَامَةِ الْجَلْدِ. وَقَالَ فِي عَدَمِ الْإِرْثِ إِنَّ عَدَمَهُ لَا يَسْتَوْجِبُ كَوْنَهُ حَقًّا لِلَّهِ كَالشَّفْعَةِ وَخِيَارِ الشَّرْطِ لِأَنَّ الْإِرْثَ يَجْرِي فِي الْأَعْيَانِ. وَأُجَابَ عَنْ كَوْنِ الْقِصَاصِ يُورَثُ بِأَنَّهُ فِي مَعْنَى مِلْكِ الْعَيْنِ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ الْإِثْلَافَ الْعَيْنِ وَمِلْكُ الْإِثْلَافِ مِلْكُ الْعَيْنِ عِنْدَ النَّاسِ.

فَإِنَّ الْإِنْسَانَ لَا يَمْلِكُ شِرَاءَ الطَّعَامِ إِلَّا لِلْإِثْلَافِ وَهُوَ الْأَكْلُ، فَصَارَ مَنْ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ كَالْمَمْلُوكِ لَمَنْ لَهُ الْقِصَاصُ وَهُوَ بَاقٍ فَيَمْلِكُهُ الْوَارِثُ فِي حَقِّ اسْتِيفَاءِ الْقِصَاصِ. وَقَوْلُهُ (وَالأَوَّلُ) وَهُوَ أَنَّ الْعَالِبَ فِيهِ حَقُّ اللَّهِ (أُظْهِرُ) قَالَ فِي النِّهَايَةِ: لَمَّا ذَكَرْنَا مِنْ دَلِيلِ غَلْبَةِ حَقِّ اللَّهِ فِيهِ، وَلِأَنَّ عَامَّةَ أَصْحَابِنَا عَلَيْهِ فَكَانَ الْأَخْذُ بِقَوْلِ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ أَظْهَرَ، وَالتَّانِي أَظْهَرَ.

قَالَ (وَمَنْ أَقَرَّ بِالْقَذْفِ ثُمَّ رَجَعَ لَمْ يُقْبَلْ رُجُوعُهُ) لِأَنَّ لِلْمَقْدُوفِ فِيهِ حَقًّا فَيَكْذِبُهُ فِي الرُّجُوعِ، بِخِلَافِ مَا هُوَ خَالِصُ حَقِّ اللَّهِ لِأَنَّهُ لَا مُكَذَّبَ لَهُ فِيهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ أَقْرَبُ بِالْقَذْفِ) مِنَ الْأَحْكَامِ الَّتِي تَشْهَدُ بِكَوْنِهِ حَقَّ الْعَبْدِ.
(وَمَنْ قَالَ لِعَرَبِيٍّ يَا نَبْطِي لَمْ يَحْدِ) لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ التَّشْبِيهُ فِي الْأَخْلَاقِ أَوْ عَدَمِ
الْفَصَاحَةِ، وَكَذَا إِذَا قَالَ لَسْتُ بِعَرَبِيٍّ لَمَّا قُلْنَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ قَالَ لِعَرَبِيٍّ يَا نَبْطِي) ظَاهِرٌ. وَالتَّبْطُ جِيلٌ مِنَ النَّاسِ بِسَوَادِ الْعِرَاقِ.
وَسُئِلَ ابْنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا عَنْ رَجُلٍ قَالَ لِقُرَشِيٍّ يَا نَبْطِي فَقَالَ: لَا حَدَّ عَلَيْهِ.
وَقَوْلُهُ (لَمَّا قُلْنَا) يَعْنِي قَوْلُهُ لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ التَّشْبِيهُ إلخ.

(وَمَنْ قَالَ لِرَجُلٍ يَا ابْنَ مَاءِ السَّمَاءِ فَلَيْسَ بِقَاضٍ) لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ التَّشْبِيهُ فِي الْجُودِ
وَالسَّمَاحَةِ وَالصَّفَاءِ، لِأَنَّ مَاءَ السَّمَاءِ لُقِّبَ بِهِ لَصَفَائِهِ وَسَخَائِهِ (وَإِنْ نَسَبَهُ إِلَى عَمِّهِ أَوْ خَالِهِ
أَوْ إِلَى زَوْجِ أُمِّهِ فَلَيْسَ بِقَاضٍ) لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْ هَؤُلَاءِ يُسَمَّى أَبًا، أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَقَوْلِهِ
تَعَالَى: ﴿نَعْبُدُ إِلَهَكَ وَاللَّهُ أَبَاكَ إِبْرَاهِيمَ وَإِسْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ﴾ [البقرة: ١١٣٣]
وَإِسْمَاعِيلُ كَانَ عَمًّا لَهُ. وَالثَّانِي لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الْخَالُ أَبٌ»^(١). وَالثَّلَاثُ
لِلتَّشْبِيهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ مَاءَ السَّمَاءِ لُقِّبَ بِهِ) أَيُّ بِهَذَا اللَّفْظِ، وَمَاءُ السَّمَاءِ هُوَ لُقْبُ أَبِي
الْمُزَيْقِيَاءِ، وَالْمُزَيْقِيَاءُ هُوَ عَمْرُو بْنُ عَامِرٍ، لُقِّبَ بِالْمُزَيْقِيَاءِ لِأَنَّهُ كَانَ يَمُزَّقُ فِي كُلِّ يَوْمٍ
حُلَّتَيْنِ يَلْبَسُهُمَا وَيَكْرَهُ أَنْ يَعُودَ فِيهِمَا وَيَأْتَفُ أَنْ يَلْبَسَهُمَا غَيْرُهُ، وَأَبُوهُ عَامِرُ بْنُ حَارِثَةَ
الْأَزْدِيُّ كَانَ يُلْقَبُ بِمَاءِ السَّمَاءِ لِأَنَّهُ وَقْتَ الْقَحْطِ كَانَ يُقِيمُ مَالَهُ مَقَامَ الْقَطْرِ عَطَاءً
وَجُودًا وَقَوْلُهُ (وَإِسْمَاعِيلُ كَانَ عَمًّا لَهُ) أَيُّ لِيَعْقُوبَ، فَإِنَّ إِسْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ ابْنَا
إِبْرَاهِيمَ وَيَعْقُوبُ بْنُ إِسْحَاقَ فَكَانَ إِسْمَاعِيلُ عَمًّا لَهُ فَأَذْخَلُوهُ تَحْتَ الْآبَاءِ فَدَلَّ عَلَى أَنَّ
الْعَمَّ يُسَمَّى أَبًا.

(وَمَنْ قَالَ لغيرِهِ زَنَاتَ فِي الْجَبَلِ وَقَالَ عَنَيْتُ صُعُودَ الْجَبَلِ حَدًّا، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٥٤٠): غريب.

حَنِيفَةً وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يُحَدُّ لِأَنَّ الْمَهْمُوزَ مِنْهُ لِلصُّعُودِ حَقِيقَةً قَالَتْ امْرَأَةٌ مِنَ الْعَرَبِ:

وَأَرْقَ إِلَى الْخَيْرَاتِ زَنَّا فِي الْجَبَلِ

وَذَكَرَ الْجَبَلَ يُقَرِّرُهُ مُرَادًا. وَلَهُمَا أَنَّهُ يُسْتَعْمَلُ فِي الْفَاحِشَةِ مَهْمُوزًا أَيْضًا لِأَنَّ مِنَ الْعَرَبِ مَنْ يَهْمِزُ الْمَلِيْنَ كَمَا يُلَيِّنُ الْمَهْمُوزَ، وَحَالَةُ الْغَضَبِ وَالسَّبَابِ تُعَيِّنُ الْفَاحِشَةَ مُرَادًا بِمَنْزِلَتِ مَا إِذَا قَالَ يَا زَانِي أَوْ قَالَ زَنَاتَ، وَذَكَرَ الْجَبَلَ إِنَّمَا يُعَيِّنُ الصُّعُودَ مُرَادًا إِذَا كَانَ مَقْرُونًا بِكَلِمَةٍ عَلَى إِذْ هُوَ لِلْمُسْتَعْمَلِ فِيهِ، وَلَوْ قَالَ زَنَاتَ عَلَى الْجَبَلَ لَا يُحَدُّ لَمَّا قُلْنَا، وَقِيلَ يُحَدُّ لِلْمَعْنَى الَّذِي ذَكَرْنَاهُ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ قَالَ لَعْنِهِ زَنَاتُ فِي الْجَبَلَ) بِالْهَمْزِ (وَقَالَ عَنَيْتُ صُعُودَ الْجَبَلَ حُدَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يُحَدُّ لِأَنَّ الْمَهْمُوزَ مِنْهُ لِلصُّعُودِ حَقِيقَةً) وَاسْتَشْهَدَ الْمُصَنِّفُ لِذَلِكَ بِقَوْلِ الشَّاعِرِ: وَأَرْقَ إِلَى الْخَيْرَاتِ زَنَّا فِي الْجَبَلَ قَالَ (وَذَكَرَ الْجَبَلَ يُقَرِّرُهُ) أَيُّ يُقَرِّرُ الصُّعُودَ (مُرَادًا) تَأْكِيدًا لَكُونَ الْمَهْمُوزَ لِلصُّعُودِ حَقِيقَةً وَقَوْلُهُ (وَلَهُمَا أَنَّهُ يُسْتَعْمَلُ الْخ) وَاضِحٌ. وَقِيلَ كَلَامُهُ يُشِيرُ إِلَى أَنَّ الْمَهْمُوزَ مُشْتَرَكٌ بَيْنَ الْفَاحِشَةِ وَالصُّعُودِ، وَحَالَةُ الْغَضَبِ وَالسَّبَابِ تُعَيِّنُ أَحَدَ الْمُحْتَمَلَيْنِ عِنْدَهُمَا. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ حَقِيقَةٌ فِي الصُّعُودِ مَجَازٌ فِي الْفَاحِشَةِ وَحِينَئِذٍ يَتَرَجَّحُ قَوْلُهُ لِأَنَّ اللَّفْظَ إِذَا دَارَ بَيْنَ كَوْنِهِ مُشْتَرَكًا وَحَقِيقَةً وَمَجَازًا فَالثَّانِي يَتَرَجَّحُ عَلَى الْأَوَّلِ لِعَدَمِ إِخْلَالِهِ بِالْفَهْمِ وَلِأَنَّ الْبَابَ بَابُ الْحَدِّ فَيَحْتَالُ لِلدَّرْءِ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا قُلْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ إِذَا كَانَ مَقْرُونًا بِكَلِمَةٍ عَلَى. وَقَوْلُهُ (لِلْمَعْنَى الَّذِي ذَكَرْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ وَحَالَةُ الْغَضَبِ وَالسَّبَابِ تُعَيِّنُ الْفَاحِشَةَ مُرَادًا

(وَمَنْ قَالَ لِأَخْرِيَا زَانِي فَقَالَ لَا بَلْ أَنْتَ فَإِنَّهُمَا يُحَدَّانِ) لِأَنَّ مَعْنَاهُ لَا بَلْ أَنْتَ زَانٍ، إِذْ هِيَ كَلِمَةٌ عَطْفٍ يُسْتَدْرَكُ بِهَا الْغَلَطُ فَيَصِيرُ الْخَبَرُ الْمَذْكُورُ فِي الْأَوَّلِ مَذْكُورًا فِي الثَّانِي.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَمَنْ قَالَ لِأَخْرِيَا زَانِي) ظَاهِرٌ. وَاعْتَرَضَ عَلَى قَوْلِهِ فَيَصِيرُ الْخَبَرُ الْمَذْكُورُ فِي الْأَوَّلِ مَذْكُورًا فِي الثَّانِي بِأَنَّ الْمُرَادَ بِالْأَوَّلِ هُوَ قَوْلُهُ يَا زَانِي وَمَا ثَمَّةَ خَبَرٍ أَصْلًا.

وَالْجَوَابُ أَنَّ الْمُرَادَ بِالْخَبَرِ الْجُزْءَ، وَحِينَئِذٍ يَسْتَقِيمُ الْكَلَامُ لِأَنَّ الْخَبَرَ جُزْءٌ أَخْصَصُ فَيَجُوزُ أَنْ يُسْتَعَارَ لِلْأَعْمِّ

(وَمَنْ قَالَ لَامْرَأَتِهِ يَا زَانِيَةٌ فَقَالَتْ لَا بَلْ أَنْتَ حَدَّثْتَ الْمَرْأَةَ وَلَا لِعَانَ) لَأَنَّهُمَا قَاذِفَانِ وَقَذَفُهُ يُوجِبُ اللَّعَانَ وَقَذَفُهَا الْحَدُّ، وَفِي الْبُدَاءَةِ بِالْحَدِّ إِبْطَالُ اللَّعَانِ؛ لِأَنَّ الْمَحْدُودَ فِي الْقَذْفِ لَيْسَ بِأَهْلٍ لَهُ وَلَا إِبْطَالُ فِي عَكْسِهِ أَصْلًا فَيُحْتَالُ لِلدَّرَةِ، إِذَا اللَّعَانُ فِي مَعْنَى الْحَدِّ (وَلَوْ قَالَتْ زَنَيْتُ بِكَ فَلَا حَدَّ وَلَا لِعَانَ) مَعْنَاهُ قَالَتْ بَعْدَمَا قَالَ لَهَا يَا زَانِيَةٌ لَوْفُوعُ الشُّكِّ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّهَا أَرَادَتْ الزَّناَ قَبْلَ النِّكَاحِ فَيَجِبُ الْحَدُّ دُونَ اللَّعَانِ لِتَصْدِيقِهَا إِيَّاهُ وَأَنْعِدَامِهِ مِنْهُ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهَا أَرَادَتْ زِنَايَ مَا كَانَ مَعَكَ بَعْدَ النِّكَاحِ لِأَنِّي مَا مَكُنْتُ أَحَدًا غَيْرَكَ. وَهُوَ الْمُرَادُ فِي مِثْلِ هَذِهِ الْحَالَةِ، وَعَلَى هَذَا الْاِعْتِبَارِ يَجِبُ اللَّعَانُ دُونَ الْحَدِّ عَلَى الْمَرْأَةِ لَوْجُودِ الْقَذْفِ مِنْهُ وَعَدَمِهِ مِنْهَا فَجَاءَ مَا قُلْنَا.

الشرح:

(وَمَنْ قَالَ لَامْرَأَتِهِ يَا زَانِيَةٌ فَقَالَتْ لَا بَلْ أَنْتَ) عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ ظَاهِرٌ (قَوْلُهُ لِأَنَّ الْمَحْدُودَ فِي الْقَذْفِ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِلْعَانَ) دَلِيلُهُ أَنَّ أَهْلِيَّةَ اللَّعَانِ تَعْتَمِدُ أَهْلِيَّةَ الشَّهَادَةِ وَإِقَامَةُ حَدِّ الْقَذْفِ تُبْطِلُ أَهْلِيَّةَ شَهَادَةِ الْمَحْدُودِ فِي الْقَذْفِ. وَقَوْلُهُ (وَلَا إِبْطَالُ فِي عَكْسِهِ أَصْلًا) يَعْنِي لَوْ قَدَّمْنَا اللَّعَانَ لَا يَنْطُلُ حَدُّ الْقَذْفِ عَنِ الْمَرْأَةِ لِأَنَّ إِحْصَانَ الرَّجُلِ لَا يَنْطُلُ بِجَرَائِنِ اللَّعَانِ بَيْنَهُمَا، غَايَةُ مَا فِي الْبَابِ أَنَّ اللَّعَانَ فِي حَقِّ الرَّجُلِ قَاتِمٌ مَقَامَ حَدِّ الْقَذْفِ وَلَكِنْ لَا يَخْرُجُ بِهِ عَنْ أَنْ يَكُونَ عَقِيفًا عَنْ فِعْلِ الزَّناَ فَيَجِبُ حَدُّ الْقَذْفِ عَلَى الْمَرْأَةِ اخْتِيَالًا لِلدَّرَةِ اللَّعَانِ الَّذِي هُوَ بِمَعْنَى الْحَدِّ.

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ قَالَتْ زَنَيْتُ بِكَ) يَعْنِي فِي جَوَابِ قَوْلِهِ لَهَا يَا زَانِيَةٌ. وَقَوْلُهُ (وَأَنْعِدَامُهُ) أَيُّ انْعِدَامِ التَّصْدِيقِ مِنَ الزَّوْجِ. وَقَوْلُهُ (وَيُحْتَمَلُ أَنَّهَا أَرَادَتْ زِنَايَ مَا كَانَ مَعَكَ بَعْدَ النِّكَاحِ) أُعْثِرُصَ عَلَيْهِ بِأَنَّ الْوَطْءَ بَعْدَ النِّكَاحِ لَا يُسَمَّى زِنَاً فَلَا يَصْلُحُ مَحْمَلًا.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الزَّناَ يُطْلَقُ عَلَى ذَلِكَ بِطَرِيقِ الْمُشَاكَلَةِ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿بَلْ يَدَاهُ مَبْسُوطَتَانِ﴾ [المائدة: ٦٤] حَمَلَهَا عَلَى ذَلِكَ لِتَرْكِيبِ فَرْطٍ غِظْطِهَا بِإِطْلَاقِ تِلْكَ الْكَلِمَةِ، وَعَلَى هَذَا الْاِعْتِبَارِ لَا تَكُونُ مُصَدِّقَةً لَزَوْجِهَا فَيَجِبُ اللَّعَانُ عَلَى الزَّوْجِ وَلَا

يَجِبُ الْحَدُّ عَلَى الْمَرْأَةِ، فَبِئْسَ حَالٌ لَا يَجِبُ الْحَدُّ عَلَيْهَا وَيَجِبُ اللَّعَانُ عَلَى الزَّوْجِ، وَفِي حَالٍ يَجِبُ الْحَدُّ عَلَيْهَا وَلَا يَجِبُ اللَّعَانُ، فَوَقَعَ الشُّكُّ وَجَاءَ مَا قُلْنَا أَنَّهُ لَا حَدَّ وَلَا لَعَانَ. (وَمَنْ أَقْرَبُ بَوْلِدٍ ثُمَّ نَفَاهُ فَإِنَّهُ يُلَاعَنُ) لِأَنَّ النَّسَبَ لَزِمَهُ بِإِقْرَارِهِ وَبِالْتَّفِي بَعْدَهُ صَارَ قَاضِيًا فَيُلَاعَنُ (وَإِنْ نَفَاهُ ثُمَّ أَقْرَبَ بِهِ حَدًّا) لِأَنَّهُ لَمَّا أَكْذَبَ نَفْسَهُ بَطَلَ اللَّعَانُ لِأَنَّهُ حَدٌّ ضَرُورِيٌّ صِيرَ إِلَيْهِ ضَرُورَةَ التَّكَاذُبِ، وَالْأَصْلُ فِيهِ حَدُّ الْقَذْفِ. فَإِذَا بَطَلَ التَّكَاذُبُ يُصَارُ إِلَى الْأَصْلِ، وَفِيهِ خِلَافٌ ذَكَرْنَاهُ فِي اللَّعَانِ (وَالْوَلَدُ وَلَدُهُ) فِي الْوَجْهَيْنِ لِإِقْرَارِهِ بِهِ سَابِقًا أَوْ لَاحِقًا، وَاللَّعَانُ يَصِحُّ بِدُونِ قَطْعِ النَّسَبِ كَمَا يَصِحُّ بِدُونِ الْوَلَدِ (وَإِنْ قَالَ لَيْسَ بِابْنِي وَلَا بِابْنَتِكَ فَلَا حَدَّ وَلَا لَعَانَ) لِأَنَّهُ أَنْكَرَ الْوِلَادَةَ وَبِهِ لَا يَصِيرُ قَاضِيًا.

الشرح:

قَوْلُهُ (لَأَنَّهُ) أَيُّ اللَّعَانِ (حَدٌّ ضَرُورِيٌّ صِيرَ إِلَيْهِ ضَرُورَةُ التَّكَاذُبِ، وَالْأَصْلُ فِيهِ حَدُّ الْقَذْفِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ﴾ [النور: ٤] (وَإِذَا بَطَلَ التَّكَاذُبُ) بِإِكَذَابِ الرَّجُلِ نَفْسَهُ (يُصَارُ إِلَى الْأَصْلِ وَالْوَلَدُ وَلَدُهُ فِي الْوَجْهَيْنِ) أَيُّ فِي الْوَجْهِ الَّذِي أَقْرَبَ ثُمَّ نَفَى وَعَكْسِهِ. قَوْلُهُ (لِإِقْرَارِهِ بِهِ سَابِقًا أَوْ لَاحِقًا) أَيُّ لِإِقْرَارِ الزَّوْجِ بِالْوَلَدِ سَابِقًا عَلَى التَّفْيِ فِيمَا إِذَا أَقْرَبَ ثُمَّ نَفَى أَوْ لَاحِقًا فِيمَا إِذَا نَفَاهُ ثُمَّ أَقْرَبَ بِهِ. وَقَوْلُهُ (وَاللَّعَانُ يَصِحُّ بِدُونِ قَطْعِ النَّسَبِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ إِنَّ سَبَبَ اللَّعَانِ هُنَا هُوَ نَفْيُ الْوَلَدِ فَلَمَّا لَمْ يَنْتَفِ الْوَلَدُ وَجَبَ أَنْ لَا يَجْرِي بَيْنَهُمَا اللَّعَانُ لِأَنَّ بُطْلَانَ الْمُتَضَمِّنِ يَقْتَضِي بُطْلَانَ الْمُتَضَمَّنِ. وَوَجْهُهُ أَنَّ قَطْعَ النَّسَبِ لَيْسَ مِنْ ضَرُورَةِ اللَّعَانِ فَاعْتَبِرَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا: أَيُّ مِنْ نِسْبَتِهِ إِلَى الزَّوْنِ وَمَنْ نَفَى الْوَلَدَ مُنْفَصِلًا عَنِ الْآخَرِ فَصَارَ كَأَنَّهُ نَسَبَهَا إِلَى الزَّوْنِ مِنْ غَيْرِ نَفْيِ الْوَلَدِ بَأَنْ قَالَ يَا زَانِيَةً وَفِيهِ اللَّعَانُ، فَكَذَا هَاهُنَا؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ إِذَا تَطَاوَلَتْ مُدَّةُ وَلَادَةٍ مَنكُوحَتِهِ عَلَى حَسَبِ مَا اخْتَلَفُوا فِيهِ ثُمَّ قَالَ لَيْسَ بِابْنِي فَإِنَّهُ يُلَاعَنُ مَعَ أَنَّ سَبَبَ اللَّعَانِ نَفْيُ الْوَلَدِ، وَلَمْ يَنْتَفِ الْوَلَدُ لِأَنَّهُ صَارَ بِمَنْزِلَةِ قَوْلِهِ أَنْتِ زَانِيَةٌ. قَوْلُهُ (وَإِنْ قَالَ لَيْسَ بِابْنِي وَلَا بِابْنَتِكَ) ظَاهِرٌ.

(وَمَنْ قَذَفَ امْرَأَةً وَمَعَهَا أَوْلَادٌ لَمْ يُعْرَفْ لَهُمْ أَبٌ أَوْ قَذَفَ الْمَلَاعِنَةَ بِوَلَدٍ وَالْوَلَدُ حَيٌّ أَوْ قَذَفَهَا بَعْدَ مَوْتِ الْوَلَدِ فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ) لِقِيَامِ أَمَارَةِ الزَّوْنِ مِنْهَا وَهِيَ وَلَادَةُ وَلَدٍ لَا أَبَ لَهُ هَفَاتَاتِ الْعِفَّةِ تَنْظُرًا إِلَيْهَا وَهِيَ شَرَطُ الْإِحْصَانِ (وَلَوْ قَذَفَ امْرَأَةً لَاعَنَتْ بِغَيْرِ وَلَدٍ فَعَلَيْهِ

الحَدُّ لَانْعِدَامِ أَمَارَةِ الزَّنا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (أَوْ قَذَفَ الْمُلَاعِنَةَ بِوَلَدٍ) بَفَتَحِ الْعَيْنِ كَذَا نَقَلَهُ صَاحِبُ النَّهَائَةِ بِخَطِّ شَيْخِهِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ بِكَسْرِ الْعَيْنِ وَمَعْنَاهُ الَّتِي لَاعَنَتْ بِوَلَدٍ كَذَا فِي الْكَافِي. وَقَوْلُهُ (بِوَلَدٍ) يَتَّصِلُ بِالْمُلَاعِنَةِ. وَقَوْلُهُ (فَقَاتَتْ الْعِفَّةُ نَظْرَ إِلَيْهَا) أَيِ إِلَى إِمَارَةِ الزَّنا (وَهُوَ) أَيِ الْعِفَّةُ وَذَكَرَهُ نَظْرًا إِلَى قَوْلِهِ شَرَطُ وَمَعْنَاهُ الْعِفَّةُ شَرَطُ وَجُوبِ حَدِّ الْقَذْفِ عَلَى الْقَاذِفِ وَهِيَ فَائِتَةٌ فَلَا يَجِبُ الْحَدُّ. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ قَذَفَ امْرَأَةً لَاعَنَتْ بِغَيْرِ وَلَدٍ) ظَاهِرٌ. فَإِنْ قِيلَ: اللَّعَانُ قَائِمٌ مَقَامَ حَدِّ الزَّنا فِي حَقِّهَا فَقَدْ وَجَدَ أَمَارَةَ الزَّنا مِنْهَا فَيَنْبَغِي أَنْ يَسْقُطَ الْحَدُّ عَنِ الْقَاذِفِ نَظْرًا إِلَى هَذَا.

قُلْنَا: بَلَى لَكِنَّهُ قَائِمٌ مَقَامَ حَدِّ الْقَذْفِ فِي جَانِبِ الزَّوْجِ فَبِالنَّظَرِ إِلَى هَذَا الْوَجْهِ تَكُونُ الْمَرْأَةُ مُحْصَنَةً فَتَعَارِضُ الْوَجْهَانِ فَتَسَاقُطُ بَقِيَّةُ الْقَذْفِ سَلَامًا عَنِ الْمُعَارِضِ فَوَجِبَ الْحَدُّ عَلَى الْقَاذِفِ. قَالَ صَاحِبُ النَّهَائَةِ: وَوَجَدْتُ بِخَطِّ شَيْخِي فِي جَوَابِ هَذِهِ الشُّبْهَةِ. قُلْنَا: نَعَمْ إِنَّ اللَّعَانَ فِي جَانِبِهَا قَائِمٌ مَقَامَ حَدِّ الزَّنا، لَكِنْ بِالنَّسْبَةِ إِلَى الزَّوْجِ لَا بِالنَّسْبَةِ إِلَى غَيْرِهِ، فَكَانَتْ هِيَ مُحْصَنَةً بِالنَّسْبَةِ إِلَى غَيْرِ الزَّوْجِ فَيَجِبُ الْحَدُّ عَلَى قَاذِفِهَا.

فَقَالَ (وَمَنْ وَطِئَ وَطْئًا حَرَامًا فِي غَيْرِ مِلْكِهِ لَمْ يُحَدِّ قَاذِفُهُ) لِفَوَاتِ الْعِفَّةِ وَهِيَ شَرَطُ الْإِحْصَانِ، وَلِأَنَّ الْقَاذِفَ صَادِقٌ، وَالْأَصْلُ فِيهِ أَنْ مَنْ وَطِئَ وَطْئًا حَرَامًا لِعَيْنِهِ لَا يَجِبُ الْحَدُّ بِقَذْفِهِ؛ لِأَنَّ الزَّنا هُوَ الْوُطْءُ الْمَحْرُمُ لِعَيْنِهِ، وَإِنْ كَانَ مُحْرَمًا لِغَيْرِهِ يُحَدُّ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِزَنًا فَالْوُطْءُ فِي غَيْرِ الْمِلْكِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ أَوْ مِنْ وَجْهِ حَرَامٍ لِعَيْنِهِ وَكَذَا الْوُطْءُ فِي الْمِلْكِ، وَالْحُرْمَةُ مُؤَبَّدَةٌ، فَإِنْ كَانَتْ الْحُرْمَةُ مُؤَقَّتَةً فَالْحُرْمَةُ لِغَيْرِهِ، وَأَبُو حَنِيفَةَ يَشْتَرِطُ أَنْ تَكُونَ الْحُرْمَةُ الْمُؤَبَّدَةُ ثَابِتَةً بِالْإِجْمَاعِ، أَوْ بِالْحَدِيثِ الْمَشْهُورِ لَتَكُونَ ثَابِتَةً مِنْ غَيْرِ تَرَدُّدٍ (وَيَبَيَّنُهُ أَنْ مَنْ قَذَفَ رَجُلًا وَطِئَ جَارِيَةً مُشْتَرَكَةً بَيْنَهُ وَبَيْنَ آخَرَ فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ) لَانْعِدَامِ الْمِلْكِ مِنْ وَجْهِ (وَكَذَا إِذَا قَذَفَ امْرَأَةً زَنَتْ فِي نَصْرَانِيَّتِهَا) لَتَحَقُّقِ الزَّنا مِنْهَا شَرْعًا لَانْعِدَامِ الْمِلْكِ وَلِهَذَا وَجَبَ عَلَيْهَا الْحَدُّ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ وَطِئَ وَطْئًا حَرَامًا فِي غَيْرِ مِلْكِهِ) اعْلَمْ أَنَّ الْوُطْءَ الْحَرَامَ بِالْقِسْمَةِ

الأَوَّلِيَّةُ عَلَى تَوْعِينٍ: أَحَدُهُمَا حَرَامٌ لِعَيْنِهِ، وَالْآخَرُ لغيرِهِ، وَالأَوَّلُ مَنْشَأُ حُرْمَتِهِ شَيْئَانِ: حُصُولُهُ فِي غَيْرِ الْمَلِكِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ كَوَطْءِ الْأَجْنَبِيَّةِ، أَوْ مِنْ وَجْهِ كَوَطْءِ الْجَارِيَةِ الْمُشْتَرَكَةِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ، وَحُصُولُهُ فِي امْرَأَةٍ هِيَ حَرَامٌ عَلَى الْوَاطِئِ حُرْمَةً مُؤَبَّدَةً كَوَطْءِ أُمِّهِ وَهِيَ أُخْتُهِ مِنَ الرِّضَاعِ، وَمَا سِوَى ذَلِكَ فَهُوَ مِنَ النَّوعِ الثَّانِي كَوَطْءِ أُمِّهِ الْمَجُوسِيَّةِ وَوَطْءِ أُمِّهِ الْأَخْتَيْنِ، وَالْقَاذِفُ فِي النَّوعِ الْأَوَّلِ بَوَاحِيهِ لَا يُحَدُّ حَدٌّ الْقَذْفِ لِفَوَاتِ الْعِفَّةِ وَهُوَ شَرْطُ الْإِحْصَانِ، وَلَأَنَّ الْقَاذِفَ صَادِقٌ لَأَنَّ الرِّثَا هُوَ الْوَطْءُ الْحَرَامُ لِعَيْنِهِ (وَأَبُو حَنِيفَةَ شَرَطَ أَنْ تَكُونَ الْحُرْمَةُ الْمُؤَبَّدَةُ ثَابِتَةً بِالْإِجْمَاعِ) كَمَوْطِئَةِ لِلْأَبِ بَعْدَ مَلِكِ النِّكَاحِ أَوْ مَلِكِ الْيَمِينِ إِذَا اشْتَرَاهَا ابْنُهُ فَوَطَّئَهَا لَا يُحَدُّ قَاذِفُهُ أَوْ بِالْحَدِيثِ الْمَشْهُورِ كَحُرْمَةِ وَطْءِ الْمَنْكُوحَةِ بِمَا شُهِدَ فَإِنَّهَا ثَابِتَةٌ بِقَوْلِهِ ﷺ: «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِالشُّهُودِ» وَهُوَ مَشْهُورٌ. وَفِي النَّوعِ الثَّانِي يُحَدُّ لَأَنَّ الْحُرْمَةَ فِيهِ بَعَارِضٌ عَلَى وَجْهِ الزَّوَالِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الْمَجُوسِيَّةَ إِذَا أَسْلَمَتْ أَوْ أُخْرِجَ أَحَدَى الْأَخْتَيْنِ عَنْ مِلْكِهِ حَلَّ لَهُ الْوَطْءُ فَلَمْ يَكُنْ زِنًا فَيُحَدُّ قَاذِفُهُ، وَبَقِيَّةُ كَلَامِهِ ظَاهِرٌ.

(وَلَوْ قَذَفَ رَجُلًا أُمِّهُ وَهِيَ مَجُوسِيَّةٌ أَوْ امْرَأَتُهُ وَهِيَ حَائِضٌ أَوْ مُكَاتَبَةٌ لَهُ فَعَلَيْهِ الْحَدُّ) لَأَنَّ الْحُرْمَةَ مَعَ قِيَامِ الْمَلِكِ وَهِيَ مُؤَقَّتَةٌ فَكَانَتْ الْحُرْمَةُ لِغَيْرِهِ فَلَمْ يَكُنْ زِنًا. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ وَطْءَ الْمُكَاتَبَةِ يُسْقِطُ الْإِحْصَانَ، وَهُوَ قَوْلُ زُهْرٍ لَأَنَّ الْمَلِكَ زَائِلٌ فِي حَقِّ الْوَطْءِ وَلِهَذَا يَلْزِمُهُ الْعَقْرُ بِالْوَطْءِ، وَنَحْنُ نَقُولُ مِلْكُ الذَّاتِ بَاقٍ وَالْحُرْمَةُ لِغَيْرِهِ إِذَا هِيَ مُؤَقَّتَةٌ.

(وَلَوْ قَذَفَ رَجُلًا وَطِئَ أُمِّهُ وَهِيَ أُخْتُهِ مِنَ الرِّضَاعَةِ لَا يُحَدُّ) لَأَنَّ الْحُرْمَةَ مُؤَبَّدَةٌ وَهَذَا هُوَ الصَّحِيحُ (وَلَوْ قَذَفَ مُكَاتَبًا مَاتَ وَتَرَكَ وَفَاءً لَا حَدَّ عَلَيْهِ) لِتَمَكُّنِ الشُّبْهَةِ فِي الْحُرِّيَّةِ لِمَكَانِ اخْتِلَافِ الصَّحَابَةِ. رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا هُوَ الصَّحِيحُ) اخْتِرَازًا عَنْ قَوْلِ الْكَرْخِيِّ فَإِنَّهُ يَقُولُ: بَوَاطِنُهَا لَا يَسْقُطُ إِحْصَانُهُ لَأَنَّ حُرْمَةَ الْفِعْلِ مَعَ قِيَامِ الْمَلِكِ الَّذِي هُوَ الْمَيْحُ لَا يَسْقُطُ إِحْصَانُهُ كَوَطْءِ امْرَأَتِهِ الْحَائِضِ أَوْ الْمَجُوسِيَّةِ أَوْ الَّتِي ظَاهَرَ مِنْهَا أَوْ الْمُحْرَمَةِ أَوْ أُمِّهِ الَّتِي زَوَّجَهَا وَهِيَ فِي عِدَّةٍ مِنْ غَيْرِهِ لَأَنَّ مِلْكَ الْحِلِّ قَائِمٌ بِنَقَاءِ سَبَبِهِ. وَوَجْهُ ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ أَنَّ بَيْنَ

الْحِلِّ وَالْحُرْمَةِ تَنَافِيًا، فَمِنْ ضَرُورَةٍ يُبَوِّتُ أَحَدَهُمَا يَنْتَفِي الْآخَرُ، وَالْحُرْمَةُ الْمُؤَبَّدَةُ ثَابِتَةٌ فَيَنْتَفِي الْحِلُّ. وَقَوْلُهُ لِأَنَّ مَالِكَ الْحِلَّ قَائِمٌ بِنَقَاءِ سَبَبِهِ، قُلْنَا: السَّبَبُ لَا يُوجِبُ الْحُكْمَ إِلَّا فِي مَحَلٍّ قَابِلٍ لَهُ. وَإِذَا لَمْ يَكُنْ الْمَحَلُّ قَابِلًا لِلْحِلِّ فِي حَقِّهِ لَا يَثْبُتُ مِلْكُ الْحِلِّ فَكَانَ فِعْلُهُ فِي مَعْنَى الزَّنا وَقَوْلُهُ (لِمَكَانِ اخْتِلَافِ الصَّحَابَةِ) يَعْنِي فِي أَنَّهُ مَاتَ حُرًّا أَوْ عَبْدًا عَلَى مَا يَجِيءُ فِي كِتَابِ الْمَكَاتِبِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

(وَلَوْ قَذَفَ مَجُوسِيًّا تَزَوَّجَ بِأَمَرِهِ ثُمَّ أَسْلَمَ يُحَدِّثُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: لَا حَدٌّ عَلَيْهِ) وَهَذَا بِنَاءٌ عَلَى أَنَّ تَزَوُّجَ الْمَجُوسِيِّ بِالْمَحَارِمِ لَهُ حُكْمُ الصَّحَّةِ فِيمَا بَيْنَهُمْ عِنْدَهُ خِلَافًا لَهُمَا. وَقَدْ مَرَّ فِي النِّكَاحِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَقَدْ مَرَّ فِي النِّكَاحِ) أَيِ فِي بَابِ نِكَاحِ أَهْلِ الشَّرْكِ.

(وَإِذَا دَخَلَ الْحَرَبِيُّ دَارَنَا بِأَمَانٍ فَقَذَفَ مُسْلِمًا حَدًّا) لِأَنَّ فِيهِ حَقَّ الْعَبْدِ وَقَدْ تَزَمَّ إِيفَاءَ حَقُوقِ الْعِبَادِ، وَلَئِنَّهُ طَمَعَ فِي أَنْ لَا يُؤْذِيَ فَيَكُونُ مُلْتَزِمًا أَنْ لَا يُؤْذِيَ وَمُوجِبُ آذَاهُ الْحَدِّ (وَإِذَا حَدَّ الْمُسْلِمُ فِي قَذْفٍ سَقَطَتْ شَهَادَتُهُ وَإِنْ تَابَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تُقْبَلُ إِذَا تَابَ وَهِيَ تُعْرَفُ فِي الشَّهَادَاتِ (وَإِذَا حَدَّ الْكَافِرُ فِي قَذْفٍ لَمْ تَجْزُ شَهَادَتُهُ عَلَى أَهْلِ الذِّمَّةِ) لِأَنَّ لَهُ الشَّهَادَةَ عَلَى جَنْسِهِ فَتَرُدُّ تِمَمًا لِحَدِّهِ (فَإِنْ أَسْلَمَ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ عَلَيْهِمْ وَعَلَى الْمُسْلِمِينَ) لِأَنَّ هَذِهِ شَهَادَةٌ اسْتَفَادَهَا بَعْدَ الْإِسْلَامِ فَلَمْ تَدْخُلْ تَحْتَ الرَّدِّ، بِخِلَافِ الْعَبْدِ إِذَا حَدَّ حَدًّا الْقَذْفِ ثُمَّ أَعْتَقَ حَيْثُ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لِأَنَّهُ لَا شَهَادَةَ لَهُ أَصْلًا فِي حَالِ الرِّقِّ فَكَانَ رَدُّ شَهَادَتِهِ بَعْدَ الْعِتْقِ مِنْ تَمَامِ حَدِّهِ. (وَإِنْ ضُرِبَ سَوْطًا فِي قَذْفٍ ثُمَّ أَسْلَمَ ثُمَّ ضُرِبَ مَا بَقِيَ جَازَتْ شَهَادَتُهُ) لِأَنَّ رَدَّ الشَّهَادَةِ مُتَمِّمٌ لِلْحَدِّ فَيَكُونُ صِفَةً لَهُ وَالْمَقَامُ بَعْدَ الْإِسْلَامِ بَعْضُ الْحَدِّ فَلَا يَكُونُ رَدُّ الشَّهَادَةِ صِفَةً لَهُ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ تُرَدُّ شَهَادَتُهُ إِذَا أَقْلَّ تَابِعٌ لِلْأَكْثَرِ، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَقَذَفَ مُسْلِمًا حَدًّا) جَوَابُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، وَعَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ أَوَّلًا لَا يُحَدُّ لِأَنَّ الْمُغْلَبَ فِيهِ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى عَلَى مَا ذَكَرْنَا فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ حَدِّ الزَّنا. وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ هَذِهِ شَهَادَةً اسْتَفَادَهَا بَعْدَ الْإِسْلَامِ

فَلَمْ تَدْخُلْ تَحْتَ الرَّدِّ رُدُّ بَأْنِهِ إِنَّمَا اسْتَفَادَ أَهْلِيَّةَ الشَّهَادَةِ عَلَى الْمُسْلِمِينَ، فَأَمَّا عَلَى أَهْلِ الذِّمَّةِ فَقَدْ كَانَتْ الْأَهْلِيَّةُ مُوجُودَةً وَقَدْ صَارَتْ مَجْرُوحَةً بِإِقَامَةِ الْحَدِّ عَلَيْهِ. وَأُجِيبَ بَأْنُهُ لَيْسَ كَذَلِكَ، بَلْ اسْتَفَادَ بِالْإِسْلَامِ أَهْلِيَّةَ الشَّهَادَةِ عَلَى أَهْلِ الذِّمَّةِ تَبَعًا لِأَهْلِيَّةِ الشَّهَادَةِ عَلَى الْمُسْلِمِينَ، وَهَذِهِ غَيْرُ مَا كَانَتْ حِينَ أُقِيمَ عَلَيْهِ الْحَدُّ، فَإِنَّ تِلْكَ كَانَتْ بِطَرِيقِ الْأَصَالَةِ عَلَى أَهْلِ الذِّمَّةِ، وَهَذِهِ بِطَرِيقِ التَّبَعِيَّةِ لِلْمُسْلِمِينَ، فَإِنَّ أَهْلِيَّةَ الشَّهَادَةِ عَلَى الْأَشْرَافِ تَقْتَضِي أَهْلِيَّتَهَا عَلَى الْأَخْسَرِّ. وَلِقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: سَلَمْنَا وَجُودَ الْمُقْتَضِي لَكِنْ الْمَانِعُ وَهُوَ الرَّدُّ أَوَّلًا مُوجُودٌ.

وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الْعَبْدِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ الْعَبْدُ إِذَا قَذَفَ فَضْرِبَ الْحَدُّ ثُمَّ أُعْتِقَ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ فَكَيْفَ قُبِلَتْ شَهَادَةُ الْكَافِرِ إِذَا أَسْلَمَ؟ وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ. وَاعْتَزَّضَ بِأَنَّ الْمَعْقُولَ هُنَا ائْتِعَاسُ حُكْمِهِمَا. لِأَنَّهُ لَمَّا كَانَ لِلْكَافِرِ شَهَادَةٌ فِي جَنْسِهِ يَجِبُ أَنْ تُرَدَّ شَهَادَتُهُ بِحَدِّ الْقَذْفِ تَتِمِيمًا لِحَدِّ الْقَذْفِ ثُمَّ يَدُومُ ذَلِكَ الرَّدُّ إِلَى مَا بَعْدَ الْإِسْلَامِ، وَلَمَّا لَمْ يَكُنْ لِلْعَبْدِ شَهَادَةٌ فِي شَيْءٍ أَصْلًا لَمْ يَنْعَقِدْ الْحَدُّ حَالِ وَجُودِهِ مُوجِبًا لِرَدِّ الشَّهَادَةِ فَكَيْفَ يَنْقَلِبُ مُوجِبًا لِلرَّدِّ بَعْدَ ذَلِكَ؟ وَالْجَوَابُ أَنَّ شَهَادَتَهُ الَّتِي كَانَتْ فِي جَنْسِهِ مَرْدُودَةٌ بِحَدِّ الْقَذْفِ قَبْلَ الْإِسْلَامِ وَبَعْدَهُ، وَالشَّهَادَةُ الْمَقْبُولَةُ هِيَ شَهَادَةُ الْمُسْلِمِ ائْتِسَاسًا بِالْإِسْلَامِ فَلَا تُرَدُّ، وَلَمْ تَقُلْ فِي الْعَبْدِ بِأَنَّ غَيْرَ الْمُوجِبِ انْقَلَبَ مُوجِبًا، وَإِنَّمَا تَوَقَّفْنَا فِي إِنْجَابِهِ إِلَى حِينَ إِمْكَانِ الْمُوجِبِ وَهُوَ الرَّدُّ.

قَوْلُهُ (وَإِنْ ضُرِبَ سَوْطًا فِي قَذْفٍ) ظَاهِرٌ، وَاعْتَزَّضَ بِأَنَّ الْمَقَامَ بَعْدَ الْإِسْلَامِ إِنْ كَانَ بَعْضَ الْحَدِّ فَالْمَقَامُ قَبْلَ الْإِسْلَامِ كَذَلِكَ، فَكَمَا لَا يَكُونُ رَدُّ الشَّهَادَةِ صِفَةً لَمَّا أُقِيمَ بَعْدَ الْإِسْلَامِ فَكَذَلِكَ لَا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ صِفَةً لَمَّا أُقِيمَ قَبْلَ الْإِسْلَامِ، بَلْ جَعَلُهُ صِفَةً لَمَّا أُقِيمَ بَعْدَ الْإِسْلَامِ أَوْلَى لَمَّا أَنَّ الْعِلَةَ إِذَا كَانَتْ ذَاتَ وَصْفَيْنِ فَلَا غَبَارَ لِلْوَصْفِ الْأَخِيرِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ. وَالْجَوَابُ أَنَّا لَمْ نَجْعَلِ الرَّدَّ صِفَةً لَا لِلْمَقَامِ قَبْلَ الْإِسْلَامِ وَلَا لِلْمَقَامِ بَعْدَهُ، وَإِنَّمَا قُلْنَا إِنَّ الرَّدَّ صِفَةٌ لِلْحَدِّ وَالْحَدُّ ثَمَانُونَ وَلَمْ يَوْجَدْ فَلَمْ تَتَرْتَّبِ التَّيَمُّنَةُ.

وَقِيلَ فِي الْجَوَابِ النَّصُّ. وَرَدَّ بِالْأَمْرِ بِالْحَدِّ وَالنَّهْيِ عَنْ قَبُولِ الشَّهَادَةِ وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا غَيْرُ مُرْتَّبٍ عَلَى الْآخَرِ نَصًّا فَيَتَعَلَّقُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمَا يُمَكِّنُ، وَالْمُمَكِّنُ زَمَانُ النَّهْيِ رَدُّ شَهَادَةِ قَائِمَةٍ لِلْحَالِ فَيَتَقَيَّدُ بِهِ (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ تُرَدُّ شَهَادَتُهُ وَالْأَقْلُ

تَابِعَ لِلْأَكْثَرِ) فَكَأَنَّ الْكُلَّ وَجَدَ بَعْدَ الْإِسْلَامِ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَيْضًا (وَالأَوَّلُ أَصَحُّ) لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّ النَّصَّ وَرَدَ بِالْأَمْرِ بِالْحَدِّ وَالتَّهْيِي عَنْ قَبُولِ الشَّهَادَةِ إلخ.

قَالَ (وَمَنْ زَنَى أَوْ شَرِبَ أَوْ قَذَفَ غَيْرَ مَرَّةٍ فَحَدُّهُ فَهُوَ لِذَلِكَ كُلِّهِ) أَمَّا الْأَوَّلَانِ فَلِأَنَّ الْمُقْصِدَ مِنْ إِقَامَةِ الْحَدِّ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى الْإِنْجَارُ، وَاحْتِمَالُ حُصُولِهِ بِالْأَوَّلِ قَائِمٌ فَتَتِمَّكُنْ شُبْهَةُ قَوَاتِ الْمُقْصُودِ فِي الثَّانِي، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا زَنَى وَقَذَفَ وَسَرَقَ وَشَرِبَ، لِأَنَّ الْمُقْصُودَ مِنْ كُلِّ جِنْسٍ غَيْرِ الْمُقْصُودِ مِنَ الْآخَرِ فَلَا يَتَدَاخَلُ. وَأَمَّا الْقَذْفُ فَالْمُغْلَبُ فِيهِ عِنْدَنَا حَقُّ اللَّهِ فَيَكُونُ مُلْحَقًا بِهِمَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: إِنْ اخْتَلَفَ الْمُقْذُوفُ أَوْ الْمُقْذُوفُ بِهِ وَهُوَ الزَّانَا لَا يَتَدَاخَلُ، لِأَنَّ الْمُغْلَبَ فِيهِ حَقُّ الْعَبْدِ عِنْدَهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ قَذَفَ أَوْ زَنَى إلخ) ظَاهِرٌ. وَذَكَرَ فِي الْمَبْسُوطِ: لَوْ قَذَفَ جَمَاعَةٌ فِي كَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ بِأَنَّ قَالَ يَا أَيُّهَا الزُّكَاةُ، أَوْ كَلِمَاتٍ مُتَّفَرِّقَةً بِأَنَّ قَالَ يَا زَيْدُ أَلَيْتَ زَانٌ وَيَا عَمْرُو أَلَيْتَ زَانٌ وَيَا خَالِدُ أَلَيْتَ زَانٌ لَا يُقَامُ عَلَيْهِ إِلَّا حَدٌّ وَاحِدٌ عِنْدَنَا، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ إِنْ قَذَفَهُمْ بِكَلَامٍ وَاحِدٍ فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ، وَإِنْ قَذَفَهُمْ بِكَلِمَاتٍ مُتَّفَرِّقَةٍ يُحَدُّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ لِأَنَّهُ حَقُّ الْمُقْذُوفِ عِنْدَهُ فَلَا يَجْرِي فِيهِ التَّدَاخُلُ عِنْدَ اخْتِلَافِ السَّبَبِ، وَعِنْدَنَا أَنَّ الْمُغْلَبَ فِيهِ حَقُّ اللَّهِ وَهُوَ مَشْرُوعٌ لِلزَّجْرِ فَيَجْرِي فِيهِ التَّدَاخُلُ كَسَائِرِ الْحُقُوقِ.

فصل في التعزير

الشرح:

(فَصْلٌ فِي التَّعْزِيرِ) لَمَّا فَرَغَ مِنْ ذِكْرِ الزَّوَاجِرِ الْمُقَدَّرَةِ الثَّابِتَةِ بِالْكِتَابِ أَوْ السُّنَّةِ الْمَشْهُورَةِ ذَكَرَ فِي هَذَا الْفَصْلِ الزَّوَاجِرَ الَّتِي دُونَهَا فِي الْقَدْرِ وَقُوَّةِ الدَّلِيلِ وَهُوَ التَّعْزِيرُ، وَهُوَ تَأْدِيبُ دُونَ الْحَدِّ، وَأَصْلُهُ مِنَ الْعَزْرِ بِمَعْنَى الرَّدِّ وَالرَّدْعِ، وَالْأَصْلُ فِي هَذَا أَنَّ مَنْ قَذَفَ غَيْرَهُ بِكَبِيرَةٍ لَيْسَ فِيهَا حَدٌّ مُقَدَّرٌ يَجِبُ التَّعْزِيرُ. قَالَ فِي الْفَتَاوَى الظَّهِيرِيَّةِ: اعْلَمْ أَنَّ التَّعْزِيرَ قَدْ يَكُونُ بِالْحَبْسِ وَقَدْ يَكُونُ بِالصَّنْعِ وَتَعْرِيكِ الْأُذُنِ، وَقَدْ يَكُونُ بِالْكَلَامِ الْعَنِيفِ، وَقَدْ يَكُونُ بِالضَّرْبِ، وَقَدْ يَكُونُ بِنَظَرِ الْقَاضِي إِلَيْهِ بِوَجْهِ عُبُوسٍ، وَلَمْ يَذْكُرْ مُحَمَّدٌ التَّعْزِيرَ بِأَخْذِ الْمَالِ، وَقَدْ قِيلَ رُويَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ التَّعْزِيرَ مِنَ السُّلْطَانِ بِأَخْذِ الْمَالِ جَائِزٌ، وَذَكَرَ الْإِمَامُ التُّمَرْتَاشِيُّ أَنَّ التَّعْزِيرَ الَّذِي يَجِبُ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى يَلِي

إِقَامَتَهُ كُلُّ أَحَدٍ بَعْلَةِ النَّيَابَةِ عَنِ اللَّهِ تَعَالَى.

(وَمَنْ قَذَفَ عَبْدًا أَوْ أُمَّتًا أَوْ أُمَّ وَلَدٍ أَوْ كَافِرًا بِالزَّنا عَزْرًا) لِأَنَّهُ جِنَايَةُ قَذْفٍ، وَقَدْ اِمْتَنَعَ وَجُوبُ الْحَدِّ لِفَقْدِ الْإِحْصَانِ فَوَجَبَ التَّعْزِيرُ (وَكَذَا إِذَا قَذَفَ مُسْلِمًا بِغَيْرِ الزَّنا فَقَالَ يَا فَاسِقُ أَوْ يَا كَافِرُ أَوْ يَا خَبِيثُ أَوْ يَا سَارِقُ) لِأَنَّهُ أَذَاهُ وَالْحَقُّ الشَّيْنُ بِهِ، وَلَا مَدْخُلَ لِلْمَقْيَاسِ فِي الْحُدُودِ فَوَجَبَ التَّعْزِيرُ، إِلَّا أَنَّهُ يَبْلُغُ بِالتَّعْزِيرِ غَايَتَهُ فِي الْجِنَايَةِ الْأُولَى لِأَنَّهُ مِنْ جِنْسٍ مَا يَجِبُ بِهِ الْحَدُّ، وَفِي الثَّانِيَةِ: الرَّأْيُ إِلَى الْإِمَامِ (وَلَوْ قَالَ يَا حِمَارُ أَوْ يَا خِنْزِيرُ لَمْ يُعَزَّرْ) لِأَنَّهُ مَا أَلْحَقَ الشَّيْنُ بِهِ لِلتَّيَقُّنِ بِنَفْسِهِ. وَقِيلَ فِي عُرْفِنَا يُعَزَّرُ لِأَنَّهُ يُعَدُّ شَيْنًا، وَقِيلَ إِنْ كَانَ الْمَسْبُوبُ مِنَ الْأَشْرَافِ كَالْفُقَهَاءِ وَالْعُلَوِيَّةِ يُعَزَّرُ لِأَنَّهُ يَلْحَقُهُمُ الْوَحْشَةُ بِذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ مِنَ الْعَامَّةِ لَا يُعَزَّرُ، وَهَذَا أَحْسَنُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ قَذَفَ عَبْدًا أَوْ أُمَّةً) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (فِي الْجِنَايَةِ الْأُولَى) يَعْنِي مَا إِذَا قَذَفَ عَبْدًا أَوْ أُمَّةً أَوْ أُمَّ وَلَدٍ بِالزَّنا (لَأَنَّهُ) أَيْ الْقَذْفُ بِالزَّنا (مِنْ جِنْسٍ مَا يَجِبُ فِيهِ الْحَدُّ) وَقَوْلُهُ (فِي الثَّانِيَةِ) يَعْنِي قَوْلُهُ يَا فَاسِقُ إلخ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ) مَا أَلْحَقَ الشَّيْنُ بِهِ لِلتَّيَقُّنِ بِنَفْسِهِ) قِيلَ بَلْ يَلْحَقُ الشَّيْنُ بِالْقَاذِفِ لِأَنَّ كُلَّ أَحَدٍ أَنَّهُ آدَمِيٌّ، وَأَنَّ الْقَاذِفَ كَاذِبٌ، وَقَوْلُهُ ﷺ: «مَنْ بَلَغَ حَدًّا فِي غَيْرِ حَدٍّ فَهُوَ مِنَ الْمُعْتَدِينَ»^(١) نَقْلٌ بِتَخْفِيفٍ بَلَغَ مِنْ الْبُلُوغِ وَهُوَ السَّمَاعُ.

وَأَمَّا مَا يَجْرِي عَلَى أَلْسِنَةِ الْفُقَهَاءِ مِنَ التَّثْقِيلِ إِنْ صَحَّ فَعَلَى حَذْفِ الْمَفْعُولِ الْأَوَّلِ، وَالتَّقْدِيرُ مَنْ بَلَغَ التَّعْزِيرَ حَدًّا فِي غَيْرِ حَدٍّ، وَفِيهِ نُبُوَّةٌ تُعْرَفُ بِالتَّأْمُلِ الصَّحِيحِ، وَأَرَى أَنْ يَكُونَ تَقْدِيرُهُ مَنْ بَلَغَ الضَّرْبَ حَدًّا فِي غَيْرِ حَدٍّ فَهُوَ مِنَ الْمُعْتَدِينَ.

وَالْتَّعْزِيرُ أَكْثَرُهُ تِسْعَةٌ وَثَلَاثُونَ سَوْطًا وَأَقَلُّهُ ثَلَاثُ جُلْدَاتٍ. وَقَالَ أَبُو يُونُسَ: يَبْلُغُ بِالتَّعْزِيرِ خَمْسَةٌ وَسَبْعِينَ سَوْطًا. وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ بَلَغَ حَدًّا فِي غَيْرِ حَدٍّ فَهُوَ مِنَ الْمُعْتَدِينَ» وَإِذَا تَعَذَّرَ تَبْلِيغُهُ حَدًّا فَأَبُو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ نَظَرَا إِلَى أَدْنَى الْحَدِّ وَهُوَ حَدُّ الْعَبْدِ فِي الْقَذْفِ فَصَرَفَاهُ إِلَيْهِ وَذَلِكَ أَرْبَعُونَ سَوْطًا فَتَقَصَّصَا مِنْهُ سَوْطًا. وَأَبُو يُونُسَ عَتَبَرُ أَقَلَّ الْحَدِّ فِي الْأَحْرَارِ إِذَا الْأَصْلُ هُوَ الْحُرِّيَّةُ ثُمَّ نَقَصَ سَوْطًا فِي رِوَايَةٍ عَنْهُ،

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٥٦٧/٨)، وانظر نصب الراية (٥٤٤/٣).

وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ وَهُوَ الْقِيَاسُ، وَفِي هَذِهِ الرِّوَايَةِ نَقَصَ خَمْسَةً وَهُوَ مَا ثَوَّرَ عَنْ عَلِيٍّ فَقَلَدَهُ ثُمَّ قَدَّرَ الْأَدْنَى فِي الْكِتَابِ بِثَلَاثِ جُلْدَاتٍ لِأَنَّهُ مَا دُونَهَا لَا يَقَعُ بِهِ الزُّجْرُ، وَذَكَرَ مَشَاطِيخُنَا أَنَّ أَدْنَاهُ عَلَى مَا يَرَاهُ الْإِمَامُ فَيُقَدَّرُ بِقَدَرِ مَا يَعْلَمُ أَنَّهُ يَنْزَجِرُ لِأَنَّهُ يَخْتَلَفُ بِاخْتِلَافِ النَّاسِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ عَلَى قَدَرِ عِظَمِ الْجُرْمِ وَصِغَرِهِ، وَعَنْهُ أَنْ يُقَرَّبَ كُلُّ نَوْعٍ مِنْ بَابِهِ؛ فَيُقَرَّبُ الْمَسُّ وَالْقُبْلَةُ مِنْ حَدِّ الزَّنَا، وَالْقَذْفُ بِغَيْرِ الزَّنَا مِنْ حَدِّ الْقَذْفِ.

الشرح:

(فَإِذَا تَعَذَّرَ تَبْلِيغُهُ حَدًّا فَأَبُو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ نَظَرَا إِلَى أَدْنَى الْحَدِّ) وَهُوَ حَدُّ الْعَبْدِ فِي الْقَذْفِ (فَصَرَفَاهُ إِلَيْهِ وَذَلِكَ أُرْبَعُونَ فَنَقَصَا مِنْهُ سَوَاطِ) وَهَذَا حَقٌّ لِأَنَّ مَنْ اعْتَبَرَ حَدَّ الْأَخْرَارِ فَقَدْ بَلَغَ حَدًّا وَهُوَ حَدُّ الْعَبْدِ، وَالتَّكْثِيرُ فِي الْحَدِيثِ يُنَافِيهِ. وَوَجْهُ نُقْصَانِ السَّوْطِ الْوَاحِدِ فِي الْمَذْمُومِينَ جَمِيعًا هُوَ أَنَّ الْبُلُوغَ إِلَى تَمَامِ الْحَدِّ تَعَذَّرَ وَلَيْسَ بَعْدَهُ قَدَرٌ مُعَيَّنٌ كَرُبْعٍ أَوْ ثُلُثٍ أَوْ عَشْرٍ فَيَصَارُ إِلَى أَقَلِّ مَا يُمَكِّنُ لِلتَّيَقُّنِ بِهِ وَنَظِيرُهُ وَقْتُ الصَّلَاةِ، فَإِنَّ الْكُلَّ لَمَّا لَمْ يُمَكِّنْ أَنْ يَكُونَ سَبَبًا وَلَيْسَ بَعْدَهُ جُزْءٌ مُعَيَّنٌ صِيرَ إِلَى أَقَلِّ مَا يُمَكِّنُ وَهُوَ الْجُزْءُ الَّذِي لَا يَتَجَزَّأُ، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (فَيُقَرَّبُ لِلْمَسِّ وَالْقُبْلَةِ مِنْ حَدِّ الزَّنَا) يَعْنِي فَيَكُونُ فِيهِ أَكْثَرُ الْجُلْدَاتِ. وَقَوْلُهُ (وَالْقَذْفُ بِغَيْرِ الزَّنَا مِنْ حَدِّ الْقَذْفِ) يَعْنِي فَيَكُونُ فِيهِ أَقَلُّ الْجُلْدَاتِ.

قَالَ (وَإِنْ رَأَى الْإِمَامُ أَنَّ يَضُمُّ إِلَى الضَّرْبِ فِي التَّعْزِيرِ الْحَبْسَ فَعَلَّ) لِأَنَّهُ صَلَحَ تَعْزِيرًا وَقَدْ وَرَدَ الشَّرْعُ بِهِ فِي الْجُمْلَةِ حَتَّى جَازَ أَنْ يَكْتَفِيَ بِهِ فَجَازَ أَنْ يَضُمَّ إِلَيْهِ، وَلِهَذَا لَمْ يُشْرَعْ فِي التَّعْزِيرِ بِالثُّمَّةِ قَبْلَ ثُبُوتِهِ كَمَا شَرَعَ فِي الْحَدِّ لِأَنَّهُ مِنَ التَّعْزِيرِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ) يَعْنِي الْحَبْسَ (صَلَحَ تَعْزِيرًا) وَقَوْلُهُ (وَقَدْ وَرَدَ الشَّرْعُ بِهِ) أَيُّ بِالْحَبْسِ وَهُوَ مَا رَوَى «أَنَّهُ ﷺ حَبَسَ رَجُلًا لِلتَّعْزِيرِ» (وَقَوْلُهُ وَلِهَذَا لَمْ يُشْرَعْ فِي التَّعْزِيرِ بِالثُّمَّةِ) لِإِبْضَاحِ أَنَّ الْحَبْسَ يَصْلُحُ لِلتَّعْزِيرِ فِيمَا يَجِبُ فِيهِ التَّعْزِيرُ: أَيُّ لَمْ يُشْرَعْ الْحَبْسُ بِسَبَبِ الثُّمَّةِ فِي الشَّيْءِ الَّذِي يُوجِبُ التَّعْزِيرَ لَوْ ثَبَتَ قَبْلَ ثُبُوتِهِ بِأَنْ شَهِدَ شَاهِدَانِ مَسْتَوْرَانِ عَلَى أَنَّهُ قَذَفَ مُحْصَنًا فَقَالَ يَا فَاسِقُ أَوْ يَا كَافِرُ فَلَا يُحْبَسُ الْمَثَمُّ قَبْلَ تَعْدِيلِ الشُّهُودِ. وَفِي فَصْلِ الْحَدِّ يُحْبَسُ بِالثُّمَّةِ لِأَنَّ فِي بَابِ الْحَدِّ شَيْئًا آخَرَ فَوْقَ الْحَبْسِ وَهُوَ إِقَامَةُ الْحَدِّ عِنْدَ وُجُودِ مُوجِبِهِ فَيَجُوزُ أَنْ يُحْبَسَ فِي ثُهُمَتِهِ لِنَتَاسُبِ إِقَامَةِ الْعُقُوبَةِ الْأَدْنَى بِمُقَابَلَةِ

الذنب الأدنى.

وفي باب الأموال والتعزير لا يُحسب بالثهمة لأن الأقصى فيهما عقوبة الحبس، فلو حُبس بالثهمة فيهما لكان إقامة العقوبة الأعلى بمقابلة الذنب الأدنى وهو مما يأباه الشرع، ولما لم يُشرع الحبس عند ثهمة موجب التعزير علم أن الحبس من التعزير، إذ لو لم يكن الحبس من التعزير لحسب عند ثهمة موجب التعزير كما يحسب عند ثهمة موجب الزنا فلما كان الحبس من التعزير بهذا الدليل جاز للإمام أن يضمه إلى الضرب إن رأى ذلك، كما أن للإمام الرأي في تقدير الضربات فكذلك في ضم الحبس إلى الضرب. قال: وأشد الضرب التعزير. قال الحاكم في الكافي: وضرب التعزير أشد من ضرب الزاني، وضرب الزاني أشد من ضرب الشارب، وضرب الشارب أشد من ضرب القاذف، وضرب القاذف أخف من جميع ذلك، وإنما كان ضرب التعزير أشد لأنه ناقص المقدار وهو تخفيف.

قال (وأشد الضرب التعزير) لأنه جرى التخفيف فيه من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف كي لا يؤدي إلى قوآت المقصود، ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الأعضاء قال (ثم حد الزنا) لأنه ثابت بالكتاب، وحد الشرب ثبت بقول الصحابة، ولأنه أعظم جناية حتى شرع فيه الرجم (ثم حد الشرب) لأن سببه متيقن به (ثم حد القذف) لأن سببه محتمل لاحتمال كونه صادقا ولأنه جرى فيه التغليظ من حيث رد الشهادة فلا يغلظ من حيث الوصف.

الشرح:

(فلا يخفف نائيا في وصفه كي لا يؤدي إلى تفويت المقصود) وهو الزجر. واختلف المشايخ في شدته، قال في شرح الطحاوي: قال بعضهم: هو الجمع في عضو واحد بجمع الأسواط بعضو واحد ولا يفرق على الأعضاء، بخلاف سائر الحدود. وقال بعضهم: لا بل شدته في الضرب لا في الجمع، ويدل على ذلك ما روى أبو عبيدة وغيره أن رجلا أقسم على أم سلمة رضي الله عنها فضربه عمر رضي الله عنه ثلاثين سوطا كلها يئضع ويحذر: أي يشق ويؤرم. ومعلوم أن عمر رضي الله عنه ضربه بطريق التعزير، ولعل المصنف رحمه الله اختاره يشير إليه قوله وهذا لم يخفف من حيث التفريق على الأعضاء، فلو كان الشدة عبارة عن عدم التفريق لزم توضيح الشيء بنفسه. وقوله (ثم

حَدُّ الزَّوْنِ ظَاهِرٌ.

(وَمَنْ حَدَّهُ الْإِمَامُ أَوْ عَزَّرَهُ فَمَاتَ فَدَمُهُ هَدَرٌ) لِأَنَّهُ فَعَلَ مَا فَعَلَ بِأَمْرِ الشَّرْعِ، وَفَعَلَ الْمَأْمُورَ لَا يَتَّقِيْدُ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ كَالْفِصَادِ وَالْبَزَاغِ، بِخِلَافِ الزَّوْجِ إِذَا عَزَّرَ زَوْجَتَهُ لِأَنَّهُ مُطْلَقٌ فِيهِ، وَالْإِطْلَاقَاتُ تَتَّقِيْدُ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ كَالْمُرُورِ فِي الطَّرِيقِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تَحِبُّ الدِّيَّةُ فِي بَيْتِ الْمَالِ لِأَنَّ الْإِثْلَافَ خَطَأً فِيهِ، إِذِ التَّعْزِيرُ لِلتَّأْدِيبِ غَيْرُ أَنَّهُ تَحِبُّ الدِّيَّةُ فِي بَيْتِ الْمَالِ لِأَنَّ نَفْعَ عَمَلِهِ يَرْجِعُ عَلَى عَامَّةِ الْمُسْلِمِينَ فَيَكُونُ الْغُرْمُ فِي مَا لَهُمْ. قُلْنَا لَمَّا اسْتَوْفَى حَقَّ اللَّهِ تَعَالَى بِأَمْرِهِ صَارَ كَأَنَّ اللَّهَ أَمَاتَهُ مِنْ غَيْرِ وَاسِطَةٍ فَلَا يَجِبُ الضَّمَانُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ حَدَّهُ الْإِمَامُ أَوْ عَزَّرَهُ فَمَاتَ فَدَمُهُ هَدَرٌ) ذَكَرَ مَسْأَلَتَيْنِ: إِحْدَاهُمَا مَبْنِيَّةٌ عَلَى الْأَمْرِ وَهُوَ لَا يَفْتَضِي السَّلَامَةَ فِي إِثْبَانِ الْمَأْمُورِ بِهِ، وَالْأُخْرَى عَلَى الْإِطْلَاقِ وَهُوَ تَقْيِضُهَا. وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الْأَمْرَ لَطَلَبُ الْمَأْمُورِ بِهِ وَهُوَ مِنَ الْإِثْبَاتَاتِ وَهِيَ لَا تَقْبَلُ التَّغْلِيقَ بِالشَّرْطِ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يُشْبِهُ الْقِمَارَ، وَلِأَنَّهُ لَمَّا وَجَبَ عَلَى الْمَأْمُورِ ذَلِكَ الْفِعْلُ بِالْأَمْرِ فَيَأْتِي الْمَأْمُورُ بِمَا فِي وَسْعِهِ غَيْرَ مُرَاقِبٍ لِلْسَّلَامَةِ لِأَنَّهُ قَدْ لَا يَتَحَقَّقُ بِوَصْفِ السَّلَامَةِ فَيَبْقَى الْمَأْمُورُ فِي ضَرْبِ الْوُجُوبِ، وَأَمَّا الْإِطْلَاقُ فَيَسْقَاطُ لِكَوْنِهِ رَفْعُ الْقَيْدِ وَهُوَ قَابِلٌ لِلتَّغْلِيقِ فَيَتَّقِيْدُ بِوَصْفِ السَّلَامَةِ، وَلِأَنَّ الْفِعْلَ الْمُطْلَقَ فِي اخْتِيَارِ فَاعِلِهِ لِأَنَّهُ حَقُّ الْفَاعِلِ إِنْ شَاءَ فَعَلَ وَإِنْ شَاءَ لَمْ يَفْعَلْ فَيَنْبَغِي أَنْ يَتَّقِيْدَ بِوَصْفِ السَّلَامَةِ لِأَنَّهُ لَا ضَرُورَةَ فِي تَرْكِ وَصْفِ السَّلَامَةِ كَالْمُرُورِ فِي الطَّرِيقِ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي التَّعْزِيرِ: تَحِبُّ الدِّيَّةُ فِي بَيْتِ الْمَالِ لِأَنَّ الْإِثْلَافَ خَطَأً فِيهِ إِذِ التَّعْزِيرُ لِلتَّأْدِيبِ، غَيْرَ أَنَّهُ تَحِبُّ الدِّيَّةُ فِي بَيْتِ الْمَالِ لِأَنَّ نَفْعَ عَمَلِهِ يَعُودُ إِلَى عَامَّةِ الْمُسْلِمِينَ فَيَكُونُ الْغُرْمُ فِي مَا لَهُمْ. قُلْنَا: إِنَّهُ لَمَّا اسْتَوْفَى حَقَّ اللَّهِ تَعَالَى بِأَمْرِهِ صَارَ كَأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَمَاتَهُ مِنْ غَيْرِ وَاسِطَةٍ فَلَا يَجِبُ الضَّمَانُ) وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

كِتَابُ السَّرِقَةِ

السَّرِقَةُ فِي اللُّغَةِ أَخَذُ الشَّيْءِ مِنَ الْغَيْرِ عَلَى سَبِيلِ الْخُفْيَةِ وَالِاسْتِسْرَارِ، وَمِنْهُ اسْتِرَاقُ السَّمْعِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿إِلَّا مَنْ أَسْرَقَ أَلَسَّمَعُ﴾ [الحجر: ١٨] وَقَدْ زِيدَتْ عَلَيْهِ أَوْصَافٌ فِي الشَّرِيعَةِ عَلَى مَا يَأْتِيكَ بَيَانُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. وَالْمَعْنَى اللَّغَوِيُّ مُرَاعَى فِيهَا ابْتِدَاءً وَانْتِهَاءً أَوْ ابْتِدَاءً لَا غَيْرَ، كَمَا إِذَا نَقَبَ الْجِدَارَ عَلَى الْاسْتِسْرَارِ وَأَخَذَ الْمَالَ مِنَ الْمَالِكِ مُكَابَرَةً عَلَى الْجِهَارِ. وَفِي الْكُبْرَى: أَعْنِي قَطَعَ الطَّرِيقَ مُسَارَقَةً عَيْنَ الْإِمَامِ لِأَنَّهُ هُوَ الْمُتَصَدِّي لِحِفْظِ الطَّرِيقِ بِأَعْوَانِهِ. وَفِي الصُّغْرَى: مُسَارَقَةً عَيْنَ الْمَالِكِ أَوْ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ.

الشرح:

(كِتَابُ السَّرِقَةِ): لَمَّا فَرَعَ مِنْ ذِكْرِ الزَّوَاجِرِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِصِيَانَةِ النَّفْسِ شَرَعَ فِي ذِكْرِ الزَّوَاجِرِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِصِيَانَةِ الْأَمْوَالِ، لِأَنَّ صِيَانَةَ النَّفْسِ أَوَّلُ مِنْ صِيَانَةِ الْمَالِ، وَالسَّرِقَةُ فِي اللُّغَةِ عِبَارَةٌ عَمَّا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ وَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿إِلَّا مَنْ أَسْرَقَ أَلَسَّمَعُ﴾ [الحجر: ١٨] مَعْنَاهُ اسْتَمَعَ إِلَيْهِ عَلَى وَجْهِ الْخُفْيَةِ. وَقَوْلُهُ (وَقَدْ زِيدَتْ عَلَيْهِ أَوْصَافٌ فِي الشَّرِيعَةِ) هِيَ أَنْ يُقَالَ: السَّرِقَةُ أَخَذُ مَالِ الْغَيْرِ عَلَى سَبِيلِ الْخُفْيَةِ نَصَابًا مُحَرَّرًا لِلتَّمَوُّلِ غَيْرَ مُتَسَارِعٍ إِلَيْهِ الْفَسَادُ مِنْ غَيْرِ تَأْوِيلٍ وَلَا شُبْهَةٍ (وَالْمَعْنَى اللَّغَوِيُّ) وَهُوَ أَخَذُ الشَّيْءِ مِنَ الْغَيْرِ عَلَى سَبِيلِ الْخُفْيَةِ وَالِاسْتِسْرَارِ أَمْرٌ (مُرَاعَى فِيهَا).

قَالَ صَاحِبُ النَّهَائَةِ: اعْلَمْ أَنَّ مَا نَقَلَهُ الشَّارِعُ إِلَيْنَا عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ: أَحَدُهَا مَا هُوَ الْمُقَرَّرُ عَلَى مَا أَتَيْنَا بِهِ اللُّغَةُ مِنْ غَيْرِ تَعْيِيرٍ كَقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَجَاءَ إِخْوَةُ يُوسُفَ﴾ [يوسف: ٥٨] ﴿وَلَمَّا جَهَّزَهُم بِجَهَّازِهِمْ﴾ [يوسف: ٥٩] وَالثَّانِي مَا هُوَ الْمَعْدُولُ عَمَّا أَتَيْنَا بِهِ اللُّغَةُ مِنْ كُلِّ وَجْهِ كَالصَّلَاةِ وَالزَّكَاةِ وَالصَّوْمِ، فَإِنَّ الصَّلَاةَ شَرْعًا عِبَارَةٌ عَنِ الْأَرْكَانِ الْمَعْهُودَةِ وَلَيْسَ لَهَا إِبْنَاءٌ لُغَوِيٌّ وَكَذَلِكَ فِي غَيْرِهَا. وَالثَّالِثُ مَا أَتَيْنَا بِهِ اللُّغَةُ مُقَرَّرٌ مَعَ زِيَادَةٍ شَيْءٍ فِيهِ شَرْعًا كَالسَّرِقَةِ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ الصَّلَاةَ فِي اللُّغَةِ الدُّعَاءُ وَهِيَ مُقَرَّرَةٌ فِي الشَّرْعِ مَعَ زِيَادَةِ أَوْصَافٍ، وَكَذَلِكَ الصَّوْمُ هُوَ الْإِمْسَاكُ وَالزَّكَاةُ هُوَ التَّمَاءُ وَالْحَجُّ هُوَ الْقَصْدُ، وَالْمَعَانِي اللَّغَوِيَّةُ فِي كُلِّ ذَلِكَ مَوْجُودَةٌ مَعَ زِيَادَةِ أَوْصَافٍ، وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بِأَنَّهُ نَظَرٌ عَلَى الْمِثَالِ وَهُوَ لَيْسَ بِصَحِيحٍ عِنْدَ الْمُحَصِّلِينَ.

وَقَوْلُهُ (كَمَا إِذَا نَقَبَ الْجِدَارَ عَلَى الْاسْتِسْرَارِ) نَظِيرٌ مَا يَكُونُ مَعْنَاهُ اللَّغَوِيُّ

مَوْجُودًا فِيهِ ابْتِدَاءٌ وَتَرَكَ تَظْيِيرَ الْأَوَّلِ لظُهُورِهِ، وَكَانَ الْقِيَاسُ أَنْ لَا يَقْطَعَ فِيمَا إِذَا نَقَبَ الْجِدَارَ عَلَى الْاسْتِسْرَارِ وَأَخَذَ الْمَالَ مِنَ الْمَالِكِ مُكَابَرَةً: أَيْ مُقَاتَلَةً بِسِلَاحٍ لِأَنَّ رُكْنَ السَّرِقَةِ الْأَخْذُ عَلَى سَبِيلِ الْخُفْيَةِ وَالْاسْتِسْرَارِ، وَالْخُفْيَةُ إِنْ وَجَدَتْ وَقْتُ الدُّخُولِ لَمْ تُوجَدْ وَقْتُ الْأَخْذِ فَإِنَّ الْأَخْذَ حَصَلَ بِطَرِيقِ الْمُعَالَبَةِ لَكِنَّهُمْ اسْتَحْسَنُوا وَقَالُوا بِوُجُوبِ الْقَطْعِ لَأَنَّهُمْ لَوْ اعْتَبَرُوا الْخُفْيَةَ وَقْتُ الْأَخْذِ لَامْتَنَعَ الْقَطْعُ فِي أَكْثَرِ السَّرَقَاتِ لِأَنَّ أَكْثَرَهَا فِي اللَّيَالِي يَصِيرُ مُعَالَبَةً فِي الْإِنْتِهَاءِ لِأَنَّهُ وَقْتُ لَا يَلْحَقُ الْعَوْتُ وَقَوْلُهُ (أَوْ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ) يَعْنِي الْمُوَدَّعَ وَالْمُسْتَعِيرَ وَالْمُضَارِبَ وَالْغَاصِبَ وَالْمُرْتَهَنَ.

قَالَ (وَإِذَا سَرَقَ الْعَاقِلُ الْبَالِغُ عَشْرَةَ دَرَاهِمَ أَوْ مَا يَبْلُغُ قِيمَتُهُ عَشْرَةَ دَرَاهِمَ مَضْرُوبَةً مِنْ حِرْزٍ لَا شُبْهَةَ فِيهِ وَجَبَ الْقَطْعُ) وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوهُمَا أَيَّدِيهِمَا﴾ [المائدة: ٣٨] الْآيَةُ وَلَا بُدَّ مِنْ اعْتِبَارِ الْعَقْلِ وَالْبُلُوغِ لِأَنَّ الْجِنَايَةَ لَا تَتَحَقَّقُ دُونَهُمَا وَالْقَطْعُ جَزَاءُ الْجِنَايَةِ، وَلَا بُدَّ مِنَ التَّقْدِيرِ بِالْمَالِ الْخَطِيرِ لِأَنَّ الرُّغَبَاتِ تَفْشُرُ فِي الْحَقِيرِ، وَكَذَا أَخْذُهُ لَا يَخْفَى فَلَا يَتَحَقَّقُ رُكْنُهُ وَلَا حِكْمَةُ الزَّجْرِ لِأَنَّهُا فِيمَا يَغْلِبُ، وَالتَّقْدِيرُ بِعَشْرَةِ دَرَاهِمَ مَذْهَبُنَا. وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ التَّقْدِيرُ بِرُبْعِ دِينَارٍ. وَعِنْدَ مَالِكٍ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ بِثَلَاثَةِ دَرَاهِمٍ. لَهُمَا أَنَّ الْقَطْعَ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ مَا كَانَ إِلَّا فِي ثَمَنِ الْمَجْنُونِ^(١)، وَأَقْلَ مَا نُقِلَ فِي تَقْدِيرِهِ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمٍ، وَالْأَخْذُ بِالْأَقْلَ الْمُتَيَقِّنَ بِهِ أُولَى، غَيْرَ أَنَّ الشَّافِعِيَّ رَحِمَهُ اللَّهُ يَقُولُ: «كَانَتْ قِيمَةُ الدِّينَارِ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ اثْنِي عَشَرَ دِرْهَمًا» وَالثَّلَاثَةُ رُبْعُهَا. وَلَنَا أَنَّ الْأَخْذَ بِالْأَكْثَرِ فِي هَذَا الْبَابِ أُولَى احْتِيَالًا لِدَرءِ الْحَدِّ.

وَهَذَا لِأَنَّ فِي الْأَقْلَ شُبْهَةَ عَدَمِ الْجِنَايَةِ وَهِيَ دَارِئَةٌ لِلْحَدِّ، وَقَدْ تَأَيَّدَ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ ﷺ: «لَا قَطْعَ إِلَّا فِي دِينَارٍ، أَوْ عَشْرَةِ دَرَاهِمٍ»^(٢) وَأَسْمُ الدَّرَاهِمِ يَنْطَلِقُ عَلَى الْمَضْرُوبَةِ عَرَفًا فَهَذَا يُبَيِّنُ لَكَ اشْتِرَاطَ الْمَضْرُوبِ كَمَا قَالَ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ، وَهُوَ الْأَصَحُّ رِعَايَةً لِكَمَالِ الْجِنَايَةِ، حَتَّى لَوْ سَرَقَ عَشْرَةَ تَبَرَأَ قِيمَتُهَا أَنْقَصَ مِنْ عَشْرَةِ مَضْرُوبَةٍ لَا يَجِبُ الْقَطْعُ، وَالْمُعْتَبَرُ وَزْنُ سَبْعَةِ مِثْقَالٍ لِأَنَّهُ هُوَ الْمُتَعَارَفُ فِي عَامَةِ الْبِلَادِ. وَقَوْلُهُ أَوْ مَا يَبْلُغُ

(١) أخرجه البخاري (٦٧٩٣)، ومسلم في الحدود (٥) عن عائشة، بلفظ: «لم تقطع يد سارق في

عهد رسول الله ﷺ في أقل من ثمن المجن.»

(٢) أخرجه الطحاوي في شرح الآثار (٩٣/٢)، وانظر نصب الراية (٥٤٧/٣).

قِيمَتُهُ عَشْرَةَ دَرَاهِمٍ إِشَارَةً إِلَى أَنَّ غَيْرَ الدَّرَاهِمِ تُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ بِهَا وَإِنْ كَانَ ذَهَبًا، وَلَا بُدَّ مِنْ حِرْزٍ لَا شُبْهَةَ فِيهِ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ دَائِرَتُهُ، وَسَنُبَيِّنُهُ مِنْ بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا سَرَقَ الْعَاقِلُ الْبَالِغُ عَشْرَةَ دَرَاهِمٍ أَوْ مَا يَبْلُغُ قِيمَتُهُ ذَلِكَ مَضْرُوبَةً مِنْ حِرْزٍ لَا شُبْهَةَ فِيهِ) عَلَى مَا سَيَظْهَرُ لَكَ مَعْنَاهُ (وَجَبَ الْقَطْعُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨]) فَإِنَّ الْحُكْمَ إِذَا تَرْتَّبَ عَلَى صِفَةٍ كَانَ مَصْدَرُهَا عِلَّةً لَهُ كَمَا عُرِفَ، وَالآيَةُ كَمَا تَرَى عَامٌّ، لَكِنَّهُ لَمْ يَتَنَاوَلِ الصَّبِيَّ وَالْمَجْنُونَ لِأَنَّهُ خِطَابُ الشَّرْعِ فَهُوَ تَكْلِيفٌ، وَلَا تَكْلِيفٌ إِلَّا مَعَ الْعَقْلِ وَالْبُلُوغِ فَلَا بُدَّ مِنْ تَحَقُّقِهِمَا لِتَحَقُّقِ الْجَنَائَةِ الْمُسْتَلْزِمَةِ لِلْحَزَاءِ.

وَأَمَّا تَقْدِيرُ الْمَالِ فَلَمَّا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ قَوْلُ فَهَاءِ الْأَمْصَارِ. وَأَمَّا أَصْحَابُ الطَّوَاهِرِ فَلَا يَعْتَبِرُونَ النَّصَابَ وَهُوَ مَنْقُولٌ عَنِ الْحَسَنِ الْبَصْرِيِّ رحمته الله مُسْتَدِلًّا بِظَاهِرِ الْآيَةِ، فَإِنَّهُ لَيْسَ فِيهِ مَا يَدُلُّ عَلَى النَّصَابِ أَصْلًا، بِخِلَافِ كَوْنِهِ مَا لَا مُحَرَّرًا فَإِنَّ لَفْظَ السَّرْقَةِ يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَ الْمُبَاحَ يُسَمَّى اضْطِْيَادًا أَوْ اخْطِطَابًا لَا سَرْقَةً، وَكَذَلِكَ مَا لَيْسَ بِمُحَرَّرٍ فَأَخَذَهُ لَا يُسَمَّى سَرْقَةً لِإِعْدَامِ مُسَارَقَةٍ عَيْنِ الْحَافِظِ. وَقُلْنَا: مَعْنَى اسْمِ السَّارِقِ يَدُلُّ عَلَى خَطَرِ الْمَأْخُوذِ لِأَنَّهُ مُشْتَقٌّ مِنَ السَّرْقَةِ وَهِيَ الْقِطْعَةُ مِنَ الْحَرِيرِ فَلَا بُدَّ مِنْ التَّقْدِيرِ بِالْمَالِ الْخَطِيرِ مُحَافَظَةً عَلَى الْمَفْهُومِ اللَّغَوِيِّ، وَالتَّقْدِيرُ بِعَشْرَةِ دَرَاهِمٍ بِقَوْلِهِ رحمته الله: «لَا قَطْعَ إِلَّا فِي دِينَارٍ أَوْ عَشْرَةِ دَرَاهِمٍ» رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ فِي جَامِعِهِ عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ.

وَقَوْلُهُ (وَأَسْمُ الدَّرَاهِمِ يَنْطَلِقُ عَلَى الْمَضْرُوبَةِ عُرْفًا) بَيَانٌ لِقَوْلِهِ عَشْرَةَ دَرَاهِمٍ مَضْرُوبَةً. وَاسْتِدْلَالٌ عَلَيْهِ بِلَفْظِ الدَّرَاهِمِ الْمَذْكُورَةِ فِي الْحَدِيثِ، وَالْمُرَادُ بِالْكِتَابِ الْقُدُورِيُّ.

وَقَوْلُهُ (وَهُوَ الْأَصَحُّ) اخْتِرَازٌ عَمَّا رَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْمَضْرُوبَةَ وَغَيْرَهَا سَوَاءٌ، وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ. فَإِنْ قُلْتَ: رَوَتْ عَائِشَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا «أَنَّ يَدَ السَّارِقِ لَمْ تُقَطَّعْ فِي عَهْدِ النَّبِيِّ رحمته الله إِلَّا فِي ثَمَنِ مِجَنٍّ حَقِيقَةٍ أَوْ ثُرْسٍ»، وَرَوَى مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ رحمته الله: «قَطَعَ سَارِقًا فِي مِجَنٍّ ثَلَاثَةَ دَرَاهِمٍ». وَقَدْ أَخَذَ بِهِ مَالِكٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. وَرَوَتْ عُمَرَةُ عَنْ عَائِشَةَ مَوْفُوفًا وَمَرْفُوعًا

إِلَى النَّبِيِّ ﷺ: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يَقْطَعُ فِي رُبْعِ دِينَارٍ فَصَاعِدًا»، وَبِهِ أَخَذَ الْإِمَامُ الشَّافِعِيُّ رحمه الله فَمَا وَجَّهَ ذَلِكَ؟ قُلْتُ: مَذْلُولُ الْحَدِيثَيْنِ وَاحِدٌ لِأَنَّ قِيَمَةَ الدِّينَارِ كَانَتْ اثْنَيْ عَشَرَ دِرْهَمًا وَثَلَاثَ دَرَاهِمٍ كَانَتْ رُبْعَ دِينَارٍ، وَيُعَارِضُهُمَا مَا رُوِيَ فِي السُّنَنِ وَشَرَحَ الْأَثَارَ مُسْتَدًا إِلَى عَطَاءٍ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَطَعَ رَجُلًا فِي مِجَنٍّ قِيَمَتُهُ دِينَارٌ أَوْ عَشْرَةُ دَرَاهِمٍ»، وَلَمَّا تَعَارَضَا وَلَا مُرَجِّحَ صَرَيْنَا إِلَى إِطْلَاقِ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا قَطْعَ إِلَّا فِي دِينَارٍ» الْحَدِيثَ، وَإِلَى الْمَقُولِ وَهُوَ أَنَّ الْعَمَلَ بِمَذْهَبِنَا يَسْتَلْزِمُ الْعَمَلَ بِمَذْهَبِهِمَا مَعَ اشْتِمَالِهِ عَلَى الْاِخْتِيَالِ لِلدَّرءِ فَوَجَبَ الْعَمَلُ بِهِ.

قَالَ (وَالْعَبْدُ وَالْحُرُّ فِي الْقَطْعِ سَوَاءٌ) لِأَنَّ النَّصَّ لَمْ يُفْصَلْ، وَلِأَنَّ التَّصْصِيفَ مُتَعَذِّرٌ فَيَتَكَامَلُ صِيَائَتُهُ لَأَمْوَالِ النَّاسِ.

الشرح:

قَالَ (وَالْعَبْدُ وَالْحُرُّ فِي الْقَطْعِ سَوَاءٌ) قَدَّمَ ذِكْرَ الْعَبْدِ عَلَى الْحُرِّ لِكَوْنِهِ أَهَمُّ لِأَنَّ عَدَمَ التَّسَاوِي إِثْمًا يَتَوَهَّمُ مِنْ جِهَتِهِ وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ وَبَيِّنٌ.

(وَيَجِبُ الْقَطْعُ بِإِقْرَارِهِ مَرَّةً وَاحِدَةً، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا يَقْطَعُ إِلَّا بِالْإِقْرَارِ مَرَّتَيْنِ) وَرُوِيَ عَنْهُ أَنَّهُمَا فِي مَجْلِسَيْنِ مُخْتَلَفَيْنِ لِأَنَّهُ إِحْدَى الْحُجَّتَيْنِ فَيُعْتَبَرُ بِالْأُخْرَى وَهِيَ الْبَيِّنَةُ كَذَلِكَ اعْتَبَرْنَا فِي الزَّنَا. وَلَهُمَا أَنَّ السَّرِقَةَ قَدْ ظَهَرَتْ بِالْإِقْرَارِ مَرَّةً فَيُكْتَفَى بِهِ كَمَا فِي الْقِصَاصِ وَحَدِّ الْقَذْفِ وَلَا اعْتِبَارُ بِالشَّهَادَةِ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ تُفِيدُ فِيهَا تَقْلِيلَ تَهْمَةِ الْكَذِبِ وَلَا تُفِيدُ فِي الْإِقْرَارِ شَيْئًا لِأَنَّهُ لَا تَهْمَةَ. وَبَابُ الرُّجُوعِ فِي حَقِّ الْحَدِّ لَا يَنْسُدُّ بِالتَّكْرَارِ وَالرُّجُوعُ فِي حَقِّ الْمَالِ لَا يَصِحُّ أَصْلًا لِأَنَّ صَاحِبَ الْمَالِ يُكَذِّبُهُ، وَاشْتِرَاطُ الزِّيَادَةِ فِي الزَّنَا بِخِلَافِ الْقِيَاسِ فَيَقْتَصِرُ عَلَى مَوْرِدِ الشَّرْعِ. قَالَ (وَيَجِبُ بِشَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ) لَتَحَقُّقِ الظُّهْرِ كَمَا فِي سَائِرِ الْحُقُوقِ، وَيَنْبَغِي أَنْ يَسْأَلَهُمَا الْإِمَامُ عَنْ كَيْفِيَّةِ السَّرِقَةِ وَمَاهِيَّتِهَا وَزَمَانِهَا وَمَكَانِهَا لِزِيَادَةِ الْاِحْتِيَاظِ كَمَا مَرَّ فِي الْحُدُودِ، وَيَحِبُّهُ إِلَى أَنْ يَسْأَلَ عَنِ الشُّهُودِ لِلتَّهْمَةِ.

الشرح:

قَوْلُهُ (أَنَّ السَّرِقَةَ، قَدْ ظَهَرَتْ بِالْإِقْرَارِ مَرَّةً) السَّرِقَةُ ظَهَرَتْ بِالْإِقْرَارِ مَرَّةً وَاحِدَةً لِأَنَّهَا تَظْهَرُ بِشَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ، وَكُلُّ مَا يَظْهَرُ بِشَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ يَظْهَرُ بِالْإِقْرَارِ مَرَّةً وَاحِدَةً

كَالْقِصَاصِ وَحَدِّ الْقَذْفِ وَغَيْرِهِمَا، وَكُلُّ مَا يَظْهَرُ بِالْإِقْرَارِ مَرَّةً وَاحِدَةً يُكْتَفَى بِهِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى الزِّيَادَةِ، وَإِذَا تَلَمَّحَتْ هَذَا الْبَيَانُ وَجَدَتْ الِاعْتِرَاضَ بِأَنَّ الزَّنَا أَيْضًا يَظْهَرُ بِالْإِقْرَارِ مَرَّةً سَاقِطًا قَوْلُهُ وَلَا اعْتِبَارَ بِالشَّهَادَةِ جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِ إِحْدَى الْحَجَّتَيْنِ بِالْأُخْرَى بَيَانِ الْفَارِقِ، وَهُوَ مَا ذَكَرَ أَنَّ الزِّيَادَةَ تُفِيدُ فِيهَا تَقْلِيلُ تَهْمَةِ الْكَذِبِ وَلَا تُفِيدُ فِي الْإِقْرَارِ شَيْئًا لِأَنَّهُ لَا تَهْمَةَ فِيهِ.

وَقَوْلُهُ (وَبَابُ الرَّجُوعِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ إِنَّمَا يُشْتَرَطُ التَّكْرَارُ لِقَطْعِ احْتِمَالِ الرَّجُوعِ كَمَا فِي الزَّنَا. وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَوْ أَقْرَأَ مَرَارًا كَثِيرَةً ثُمَّ رَجَعَ صَحَّ رُجُوعُهُ فِي حَقِّ الْحَدِّ لِأَنَّهُ لَا مُكَذِّبَ لَهُ فِيهِ، بِخِلَافِ الرَّجُوعِ عَنِ الْمَالِ فَإِنَّ لَهُ فِيهِ مُكَذِّبًا وَهُوَ صَاحِبُ الْمَالِ فَلَا يَصِحُّ، فَظَهَرَ بِهَذَا أَنَّ لَا فَائِدَةَ فِي تَكَرُّرِ الْإِقْرَارِ لَا فِي حَقِّ الْقَطْعِ وَلَا فِي حَقِّ إِسْقَاطِ ضَمَانِ الْمَالِ بِالْإِقْرَارِ.

وَقَوْلُهُ (وَاشْتِرَاطُ الزِّيَادَةِ فِي الزَّنَا) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَكَذَلِكَ اعْتَبَرْنَا فِي الزَّنَا، (وَيَنْبَغِي أَنْ يَسْأَلَهُمَا الْإِمَامُ عَنْ كَيْفِيَةِ السَّرِقَةِ) فَيَقُولُ لَهُ كَيْفَ سَرَقْتَ لِحَوَازِ أَنَّهُ نَقَبَ الْبَيْتَ وَأَدْخَلَ يَدَهُ وَأَخْرَجَ الْمَتَاعَ فَإِنَّهُ لَا يَقْطَعُ فِيهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ (وَعَنْ مَا هِيَّتِهَا) لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ الْمَأْخُودُ شَيْئًا تَافِهًا وَلَا قَطْعَ فِيهِ، وَهَذَا مُشْكِلٌ لِأَنَّ مَا هِيَّةَ السَّرِقَةِ عَلَى مَا قَدَّمْنَا لَا يَذْكُرُهَا إِلَّا آحَادُ الْفُقَهَاءِ فَيَحْتَاجُ إِلَى حُضُورِ الْفُقَهَاءِ شَرْطًا لظُهُورِهِ، وَفِي ذَلِكَ سَدُّ بَابِ الْقَطْعِ (وَعَنْ زَمَانِهَا) فِيمَا ثُبُتَ بِالْبَيِّنَةِ لِحَوَازِ تَقَادُمِ الْعَهْدِ الْمَانِعِ عَنِ الْقَطْعِ لَوْجُودِ التَّهْمَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا ثَبَتَ بِالْإِقْرَارِ، فَإِنَّ التَّقَادُمَ فِيهِ لَيْسَ بِمَانِعٍ لِعَدَمِهَا فَلَا يَسْأَلُ عَنِ الزَّمَانِ. فَإِنْ قِيلَ: الشَّاهِدُ فِي تَأْخِيرِ الشَّهَادَةِ هُنَا غَيْرُ مُتَّهَمٍ لِأَنَّهُ لَا يَقْبَلُ شَهَادَتَهُ بِذَوْنِ الدَّعْوَى فَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَسْأَلَ فِيمَا إِذَا ثَبَتَ بِالْبَيِّنَةِ كَمَا لَا يَسْأَلُ فِيمَا إِذَا ثَبَتَ بِالْإِقْرَارِ.

قُلْنَا: إِنَّ الْجَوَابَ قَدْ تَقَدَّمَ فِي بَابِ الشَّهَادَةِ عَلَى الزَّنَا (وَعَنْ مَكَانِهَا) لِحَوَازِ أَنَّهُ سَرَقَ مِنْ غَيْرِ الْحَرَزِ أَوْ فِي دَارِ الْحَرْبِ. وَقَالَ فِي الْمَحِيطِ: وَيَسْأَلُهُمَا عَنِ الْمَسْرُوقِ مِنْهُ أَيْضًا لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ الْمَسْرُوقُ مِنْهُ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ أَوْ أَحَدَ الزَّوْجَيْنِ، وَلَعَلَّهُ مُسْتَعْنٍ عَنْهُ لِأَنَّ الْمَسْرُوقَ مِنْهُ حَاضِرٌ يُخَاصِمُ وَالشُّهُودُ تَشْهَدُ بِالسَّرِقَةِ مِنْهُ فَلَا حَاجَةَ إِلَى السُّؤَالِ عَنْ ذَلِكَ وَقَوْلُهُ (وَيَحْبِسُهُ) أَيُّ الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ صَارَ مُتَّهَمًا بِالسَّرِقَةِ فَيَحْبَسُ لِمَا رَوَيْنَا

أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ «حَسِبَ رَجُلًا بِالتَّهْمَةِ».

(قَالَ وَإِذَا اشْتَرَكَ جَمَاعَةً فِي سَرِقَةٍ فَأَصَابَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَشْرَةُ دَرَاهِمٍ قُطِعَ، وَإِنْ أَصَابَهُ أَقْلٌ لَا يُقْطَعُ) لِأَنَّ الْمُوجِبَ سَرِقَةُ النِّصَابِ وَيَجِبُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِجِنَايَتِهِ فَيُعْتَبَرُ كَمَالُ النِّصَابِ فِي حَقِّهِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا اشْتَرَكَ جَمَاعَةً) ظَاهِرٌ. وَاسْتَشْكَلُ بِمَا إِذَا قَتَلَ جَمَاعَةً وَاحِدًا فَإِنَّهُمْ يُقْتَلُونَ كُلُّهُمْ وَإِنْ لَمْ يَوْجَدْ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ الْقَتْلُ عَلَى الْكَمَالِ. وَأُجِبَ بِأَنَّ الْقِصَاصَ يَتَعَلَّقُ بِإِخْرَاجِ الرُّوحِ وَهُوَ لَا يَنْجَزُ فَيُضَافُ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ كَمَلًا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ مَا يُقْطَعُ فِيهِ وَمَا لَا يُقْطَعُ

(وَلَا قَطْعُ فِيمَا يَوْجَدُ تَافِهًا مُبَاحًا فِي دَارِ الْإِسْلَامِ كَالْخَشَبِ وَالْحَشِيشِ وَالْقَصَبِ وَالسَّمَكِ وَالطَّيْرِ وَالصَّيْدِ وَالزَّرْنِيطِ وَالْمَغْرَةِ وَالنُّورَةِ) وَالْأَصْلُ فِيهِ حَدِيثُ «عَائِشَةُ قَالَتْ: كَانَتْ الْيَدُ لَا تَقْطَعُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي الشَّيْءِ التَّافِهِ»^(١)، أَيْ الْحَقِيرِ، وَمَا يَوْجَدُ جِنْسُهُ مُبَاحًا، فِي الْأَصْلِ بِصُورَتِهِ غَيْرُ مَرْغُوبٍ فِيهِ حَقِيرٌ تَقِلُّ الرِّغْبَاتُ فِيهِ وَالطَّبَاقُ لَا تَضُنُّ بِهِ، فَقَلَمًا يَوْجَدُ أَخْذُهُ عَلَى كُرْهِهِ مِنَ الْمَالِكِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى شَرْعِ الزَّاجِرِ، وَلِهَذَا لَمْ يَجِبِ الْقَطْعُ فِي سَرِقَةِ مَا دُونَ النِّصَابِ وَلِأَنَّ الْحِرْزَ فِيهَا نَاقِصٌ؛ أَلَا يَرَى أَنَّ الْخَشَبَ يُلْقَى عَلَى الْأَبْوَابِ وَإِنَّمَا يَدْخُلُ فِي الدَّارِ لِلْعِمَارَةِ لَا لِلْإِحْرَازِ وَالطَّيْرُ يَطِيرُ وَالصَّيْدُ يَفِرُّ وَكَذَا الشَّرِكَةُ الْعَامَّةُ الَّتِي كَانَتْ فِيهِ وَهُوَ عَلَى تِلْكَ الصِّفَةِ ثَوْرُ الشَّبْهَةِ، وَالْحَدُّ يَنْدَرِي بِهَا. وَيَدْخُلُ فِي السَّمَكِ الْمَالِحُ وَالطَّرِيُّ، وَفِي الطَّيْرِ الدَّجَاجُ وَالْبَطُّ وَالْحَمَامُ لَمَّا ذَكَّرْنَا وَلِإِطْلَاقِ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا قَطْعُ فِي الطَّيْرِ»^(٢) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَجِبُ الْقَطْعُ فِي كُلِّ شَيْءٍ إِلَّا الطَّيْنَ وَالنُّرَابَ وَالسَّرْقِينَ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ، وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِمَا مَا ذَكَّرْنَا.

الشرح:

(بَابُ مَا يُقْطَعُ فِيهِ وَمَا لَا يُقْطَعُ): لَمَّا فَرَعَ مِنْ ذِكْرِ تَفْسِيرِ السَّرِقَةِ وَشُرُوطِهَا وَمَا

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٤٧٧/٥)، وانظر نصب الراية (٥٥٢/٣).

(٢) قال الزيلعي في نصب الراية (٥٥٣/٣): غريب مرفوعا.

يَتَعَلَّقُ بِهَا ذَكَرٌ فِي هَذَا الْبَابِ مَسْرُوقًا يُوجِبُ الْقَطْعَ وَمَسْرُوقًا لَا يُوجِبُهُ وَإِنْ وُجِدَ فِيهِ النَّصَابُ، وَلَا يَرِدُ مَا قِيلَ كَانَ الْوَاجِبُ أَنْ يَذْكَرَ قَوْلُهُ وَإِذَا اشْتَرَكَ جَمَاعَةٌ فِي سَرَقَةٍ فِي هَذَا الْبَابِ، لِأَنَّهُ إِنْ أَصَابَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ نَصَابٌ كَانَ مِمَّا يُقَطَّعُ فِيهِ، وَإِنْ أَصَابَهُ أَقْلٌ كَانَ مِمَّا لَا يُقَطَّعُ فِيهِ لِأَنَّ هَذَا الْبَابَ لِبَيَانِ مَا يُقَطَّعُ فِيهِ وَمَا لَا يُقَطَّعُ بَعْدَ وَجُودِ النَّصَابِ (قَوْلُهُ لَا قَطْعَ فِيمَا يُوجَدُ تَافِهًا) ظَاهِرٌ، وَالْمَعْرَةُ بِالْفَتْحَاتِ الثَّلَاثِ الطَّيْنُ الْأَحْمَرُ، وَتَسْكِينُ الْعَيْنِ فِيهِ لُغَةٌ.

وَقَوْلُهُ (وَمَا يُوجَدُ جِنْسُهُ) مُبْتَدَأٌ، وَقَوْلُهُ حَقِيرٌ خَبَرُهُ. وَقَوْلُهُ (بِصُورَتِهِ) اخْتِرَازٌ عَنِ الْأَبْوَابِ وَالْأَوَانِي الْمُتَّخَذَةِ مِنَ الْخَشَبِ وَالْحَصِيرِ الْبَعْدَادِيَّةِ، فَإِنْ فِي سَرَقَتِهَا الْقَطْعُ وَإِنْ كَانَ أَصْلُهَا مِنَ الْخَشَبِ، وَأَصْلُ الْحَصِيرِ يُوجَدُ مُبَاحًا لِتَغْيِيرِهَا عَنْ صُورَتِهَا الْأَصْلِيَّةِ بِالصَّنْعَةِ الْمُتَقَوِّمَةِ. وَقَوْلُهُ (غَيْرَ مَرْغُوبٍ فِيهِ) نُصِبَ عَلَى الْحَالِ وَهُوَ اخْتِرَازٌ عَنِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَاللُّؤْلُؤِ وَالْجَوَاهِرِ فَإِنَّهَا تُوجَدُ مُبَاحًا فِي دَارِ الْإِسْلَامِ وَلَكِنَّهَا مَرْغُوبٌ فِيهَا وَهُوَ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ.

وَرَوَى هِشَامٌ عَنْ مُحَمَّدٍ: إِذَا سَرَقَهَا عَلَى الصُّورَةِ الَّتِي تُوجَدُ مُبَاحَةً وَهِيَ أَنْ تَكُونَ مُخْتَلَطَةً بِالْحَجَرِ وَالتُّرَابِ لَا يُقَطَّعُ. وَجَهُ الظَّاهِرِ أَنَّهَا لَيْسَتْ بِتَافِهٍ جِنْسًا، فَإِنْ كُلُّ مَنْ يَتِمَكَّنُ مِنْ أَخْذِهِ لَا يَتْرُكُهُ عَادَةً. وَقَوْلُهُ (تَقِلُّ الرِّغَبَاتُ فِيهِ) جُمْلَةٌ اسْتِثْنَائِيَّةٌ. وَقَوْلُهُ (وَالطَّبَاغُ لَا تَضُنُّ بِهِ) أَيُّ لَا تَبْخُلُ بِفَتْحِ الضَّادِ وَهُوَ الْأَصْلُ وَجَاءَ بِالْكَسْرِ أَيْضًا. وَقَوْلُهُ (فَقَلِمًا يُوجَدُ أَخْذُهُ عَلَى كُرْهِهِ مِنَ الْمَالِكِ) أَيُّ قَلِيلٌ وَجُودٌ لِحُوقِ الْمَالَةِ بِالْمَالِكِ عِنْدَ أَخْذِ الْأَشْيَاءِ مِنْهُ، بَلْ يَرْضَى بِالْأَخْذِ تَوْقِيًّا عَنْ لِحُوقِ سَمَةِ خَسَاسَةِ الْهَمَّةِ وَتَفَادِيًا عَنْ نِسْبَتِهِ إِلَى ذَنَاءَةِ الطَّبِيعَةِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى شَرْعِ الزَّوَاجِرِ. وَقَوْلُهُ (وَالطَّيْرُ يَطِيرُ وَالصَّيْدُ يَفِرُّ) يَعْنِي لَمَّا كَانَ الْأَمْرُ كَذَلِكَ قَلَّتِ الرِّغْبَةُ فَلَا تُشْرَعُ الزَّوَاجِرُ فِي مِثْلِهِ وَهُوَ مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ الْخَشَبُ يُلْقَى عَلَى الْأَبْوَابِ.

وَقَوْلُهُ (وَكَذَا الشَّرِكَةُ الْعَامَّةُ الَّتِي كَانَتْ فِيهِ) أَيُّ فِيمَا يُوجَدُ جِنْسُهُ مُبَاحًا (وَهُوَ عَلَى تِلْكَ الصِّفَةِ) أَيُّ الصِّفَةِ الَّتِي كَانَ عَلَيْهَا وَهِيَ مُشْتَرَكَةٌ يُحْتَرَزُ بِهِ عَنِ الْأَبْوَابِ وَالْأَوَانِي الْمُتَّخَذَةِ مِنَ الْخَشَبِ كَمَا ذَكَرْنَا (ثُبُوتُ الشُّبْهَةِ) أَيُّ شُبْهَةِ الْإِبَاحَةِ بَعْدَ إِحْرَازِهِ (وَالْحَدُّ يَنْدَرِي بِهَا) وَفِي التَّعْبِيرِ بِالشَّرِكَةِ الْعَامَّةِ إِمَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ ﷺ: «النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي

ثَلَاثَةٌ: فِي الْكَلَاءِ، وَالْمَاءِ، وَالتَّارِ» وَقَوْلُهُ (لَمَّا ذَكَرْنَا) يَعْنِي قَوْلُهُ وَالطَّيْرُ يَطِيرُ وَالصَّيْدُ يَفِرُّ وَالسَّمَكُ الْمَالِحُ هُوَ الْمُقَدَّدُ الَّذِي فِيهِ الْمِلْحُ. وَقَوْلُهُ (وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِمَا مَا ذَكَرْنَا) يَعْنِي حَدِيثَ عَائِشَةَ وَمَا ذَكَرَ بَعْدَهُ وَالْجِمَارُ شَحْمُ النَّخْلِ وَهُوَ شَيْءٌ أَيْضٌ يُقَطَّعُ مِنْ رُءُوسِ النَّخْلِ وَيُؤْكَلُ، وَالْوَدْيُ صِعَارُ النَّخْلِ.

قَالَ: (وَلَا قَطَعَ فِيمَا يَتَسَارَعُ إِلَيْهِ الْفَسَادُ كَاللَّبَنِ وَاللَّحْمِ وَالْفَوَاكِهِ الرُّطْبَةِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا قَطَعَ فِي ثَمَرٍ وَلَا فِي كَثَرٍ»^(١) وَكَثُرَ الْجِمَارُ، وَقِيلَ الْوَدْيُ. وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا قَطَعَ فِي الطَّعَامِ»^(٢) وَالْمُرَادُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ مَا يَتَسَارَعُ إِلَيْهِ الْفَسَادُ كَالْمُهَيِّئِ لِلْأَكْلِ مِنْهُ وَمَا فِي مَعْنَاهُ كَاللَّحْمِ وَالثَّمَرِ لِأَنَّهُ يُقَطَّعُ فِي الْحِنْطَةِ وَالسُّكَّرِ إجماعاً. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُقَطَّعُ فِيهَا لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا قَطَعَ فِي ثَمَرٍ وَلَا كَثَرٍ فَإِذَا أَوَاهُ الْجَرِينُ أَوْ الْجِرَانُ قَطَعَ»^(٣) فَلَنَّا: أَخْرَجَهُ عَنْ وَفَاقِ الْعَادَةِ، وَالَّذِي يُؤْوِيهِ الْجَرِينُ فِي عَادَتِهِمْ هُوَ الْيَابِسُ مِنَ الثَّمَرِ وَفِيهِ الْقَطْعُ. قَالَ (وَلَا قَطَعَ فِي الْفَاكِهَةِ عَلَى الشَّجَرِ وَالزَّرْعِ الَّذِي لَمْ يُحْصَدَ) لِعَدَمِ الْإِحْرَازِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (كَالْمُهَيِّئِ لِلْأَكْلِ) يَعْنِي مِثْلَ الْخُبْزِ وَاللَّحْمِ وَأَمْثَالَهُمَا لِأَنَّهُ يُقَطَّعُ فِي الْحِنْطَةِ وَالسُّكَّرِ بِالْإِجْمَاعِ إِذَا لَمْ يَكُنِ الْعَامُ عَامَ مَجَاعَةٍ وَقَحْطٍ، أَمَّا إِذَا كَانَ فَلَا قَطَعَ سَوَاءً كَانَ مِمَّا يَتَسَارَعُ إِلَيْهِ الْفَسَادُ أَوْ لَا.

وَقَوْلُهُ (كَاللَّحْمِ وَالثَّمَرِ) اللَّحْمُ رَاجِعٌ إِلَى قَوْلِهِ كَالْمُهَيِّئِ لِلْأَكْلِ مِنْهُ، وَالثَّمَرُ رَاجِعٌ إِلَى قَوْلِهِ وَمَا فِي مَعْنَاهُ فَكَانَ كَلَامُهُ لَفًا وَنَشْرًا (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: يُقَطَّعُ فِيهَا) أَيِّ فِيمَا ذَكَرْنَا مِنَ اللَّبَنِ وَاللَّحْمِ وَالْفَوَاكِهِ الرُّطْبَةِ وَالطَّعَامِ (وَالْجَرِينُ) الْمِرْبَدُ: وَهُوَ الْمَوْضِعُ الَّذِي يُلْقَى فِيهِ الرُّطْبُ لِيَجِفَّ، وَقِيلَ هُوَ مَوْضِعٌ يُدْخَرُ فِيهِ الثَّمَرُ (وَالْجِرَانُ) مُقَدَّمُ عُتْقِ الْبَعِيرِ مِنْ مَذْبَحِهِ إِلَى مَنْخَرِهِ، وَالْجَمْعُ جُرْنٌ فَجَازَ أَنْ يُسَمَّى الْجِرَابُ الْمُتَّخِذُ مِنْهُ

(١) أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ فِي الْخُذُودِ بَابِ ١٩، وَالنَّسَائِيُّ (٤٥٩٥)، وَابْنُ مَاجَهَ (٢٥٩٣)، وَانْظُرْ نَصَبَ

الرَّايَةِ (٥٥٤/٣).

(٢) قَالَ الزَّيْلَعِيُّ فِي نَصَبِ الرَّايَةِ (٥٥٥/٣): غَرِيبٌ هَذَا اللَّفْظُ.

(٣) قَالَ الزَّيْلَعِيُّ فِي نَصَبِ الرَّايَةِ (٥٥٥/٣): غَرِيبٌ هَذَا اللَّفْظُ.

فَكَانَ الْمُرَادُ مِنْهُ أَحَدَ الظَّرْفَيْنِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الشَّكُّ مِنَ الرَّاوي قُلْنَا: أَخْرَجَهُ عَلَى وَفَاقِ الْعَادَةِ فَإِنَّ فِي عَادَتِهِمْ أَنَّ الْجَرِينَ لَا يُؤْوِي إِلَّا الْيَابِسَ مِنَ الثَّمَرِ وَفِيهِ الْقَطْعُ فِي الرِّوَايَةِ الْمَشْهُورَةِ. قَالَ (وَلَا قَطْعُ فِي الْفَاكِهَةِ عَلَى الشَّجَرِ وَالزَّرْعِ) وَكَانَ هَذَا مَعْلُومًا مِنْ قَوْلِهِ وَالْفَاكِهَةُ الرُّطْبَةُ، لَكِنْ أَعَادَهُ تَمْهِيدًا لقَوْلِهِ وَالزَّرْعُ الَّذِي لَمْ يُحْصَدَ لَعَدَمِ الْإِحْرَارِ فِيهَا.

(وَلَا قَطْعُ فِي الْأَشْرِبَةِ الْمُطْرِبَةِ) لِأَنَّ السَّارِقَ يَتَأَوَّلُ فِي تَنَاوُلِهَا الْإِرَاقَةَ، وَلَأَنَّ بَعْضَهَا لَيْسَ بِمَالٍ، وَفِي مَالِيَّةِ بَعْضِهَا اخْتِلَافٌ فَتَتَحَقَّقُ شُبُهَةٌ عَدَمِ الْمَالِيَّةِ. قَالَ (وَلَا فِي الطُّنْبُورِ) لِأَنَّهُ مِنَ الْمَعَارِفِ (وَلَا فِي سَرِقَةِ الْمُصْحَفِ وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ حِلْيَةٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُقَطِّعُ لِأَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ حَتَّى يَجُوزَ بَيْعُهُ. وَعَنْ أَبِي يُونُسَ مِثْلُهُ. وَعَنْهُ أَيْضًا أَنَّهُ يُقَطِّعُ إِذَا بَلَغَتْ الْحِلْيَةُ نِصَابًا لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنَ الْمُصْحَفِ فَتُعْتَبَرُ بِانْفِرَادِهَا. وَوَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ الْأَخِيذَ يَتَأَوَّلُ فِي أَخْذِهِ الْقِرَاءَةَ وَالنَّظَرَ فِيهِ، وَلَأَنَّهُ لَا مَالِيَّةَ لَهُ عَلَى اعْتِبَارِ الْمَكْتُوبِ وَإِحْرَارُهُ لِأَجْلِهِ لَا لِلْجِلْدِ وَالْأَوْرَاقِ وَالْحِلْيَةِ وَإِنَّمَا هِيَ تَوَابِعٌ وَلَا مُعْتَبَرٌ بِالشَّبَعِ، كَمَنْ سَرَقَ أُنْيَةً فِيهَا خَمْرٌ وَهَيْمَةٌ الْأُنْيَةُ تَرْبُو عَلَى النَّصَابِ.

الشرح:

(وَلَا قَطْعُ فِي الْأَشْرِبَةِ الْمُطْرِبَةِ) أَيِ الْمُسْكِرَةِ: قَالَ فِي الصَّحَاحِ: الطَّرْبُ خِفَّةٌ تُصِيبُ الْإِنْسَانَ لِشِدَّةِ حُزْنٍ أَوْ سُرُورٍ، وَفَسَّرَ السُّكْرُ فِي أَصُولِ الْفِقْهِ بِأَنَّهُ غَلَبَةُ سُرُورٍ فِي الْعَقْلِ فَالتَّقْيَا فِي مَعْنَى السُّرُورِ فَلِذَلِكَ أُسْتُعِيرَ الْإِطْرَابُ لِلْإِسْكَارِ. قَالَ الْإِمَامُ التُّمَرْتَّاشِيُّ: لَا قَطْعُ فِي الْأَشْرِبَةِ الْمُطْرِبَةِ الْمُسْكِرَةِ وَهُوَ يُؤْذِنُ بِصِحَّةِ تَفْسِيرِ الْمُطْرِبَةِ بِالْمُسْكِرَةِ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ بَعْضَهَا لَيْسَ بِمَالٍ) أَيِ بِمَالٍ مُتَقَوِّمٍ كَالْخَمْرِ (وَفِي مَالِيَّةِ بَعْضِهَا اخْتِلَافٌ) يَعْنِي كَالْمُنْصَفِ وَالْبَادِقِ وَمَاءِ الذَّرَّةِ وَالشَّعِيرِ لِأَنَّهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ۞ مُتَقَوِّمَةٌ خِلَافًا لَهَا، وَإِنَّمَا قَيْدُ الْأَشْرِبَةِ بِكَوْنِهَا مُطْرِبَةً لَمَّا أَذَكَرَ فِي الْإِيضَاحِ، وَيُقَطِّعُ فِي الْخَلِّ لِأَنَّهُ لَا يَتَسَارَعُ إِلَيْهِ الْفَسَادُ، كَذَا فِي النَّهَائَةِ. وَنَقَلَ النَّاطِقِيُّ عَنْ كِتَابِ الْمُجَرَّدِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ۞ أَنَّهُ قَالَ: (لَا قَطْعُ فِي الْخَلِّ) لِأَنَّهُ قَدْ صَارَ خَمْرًا مَرَّةً (وَلَا فِي الطُّنْبُورِ لِأَنَّهُ مِنَ الْمَعَارِفِ) وَالْمَعَارِفُ آلَاتُ اللُّهُوِّ الَّتِي يُضْرَبُ بِهَا الْوَاحِدُ عَزَفٌ رِوَايَةٌ عَنْ الْعَرَبِ. قَوْلُهُ (وَلَا فِي سَرِقَةِ الْمُصْحَفِ) ظَاهِرٌ.

(وَلَا قَطَعَ فِي أَبْوَابِ الْمَسْجِدِ) لِعَدَمِ الْإِحْرَازِ فَصَارَ كَبَابِ الدَّارِ بَلْ أَوْلَى، لِأَنَّهُ يُحَرِّزُ بَابَ الدَّارِ مَا فِيهَا وَلَا يُحَرِّزُ بِبَابِ الْمَسْجِدِ مَا فِيهِ حَتَّى لَا يَجِبُ الْقَطْعُ بِسَرِقَةِ مَتَاعِهِ. قَالَ (وَلَا الصَّلِيبُ مِنَ الذَّهَبِ وَلَا الشُّطْرُنُجُ وَلَا النَّرْدُ) لِأَنَّهُ يَتَأَوَّلُ مَنْ أَخَذَهَا الْكَسْرَ نَهْيًا عَنِ الْمُنْكَرِ، بِخِلَافِ الدَّرْهِمِ الَّذِي عَلَيْهِ التَّمَثَالُ لِأَنَّهُ مَا أُعِدَّ لِلْعِبَادَةِ فَلَا تَثْبُتُ شُبُهَتُهُ إِبَاحَةً الْكَسْرِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ إِنْ كَانَ الصَّلِيبُ فِي الْمُصَلَى لَا يَقْطَعُ لِعَدَمِ الْحِرْزِ، وَإِنْ كَانَ فِي بَيْتٍ آخَرَ يَقْطَعُ لِكَمَالِ الْمَالِيَّةِ وَالْحِرْزِ.

الشرح:

(وَالصَّلِيبُ) شَيْءٌ مُثَلَّثٌ كَالْتَّمَثَالِ يَعْبُدُهُ النَّصَارَى (وَالشُّطْرُنُجُ) بِكَسْرِ الشَّيْنِ (وَالنَّارْدُ) مَعْرُوفَانِ، وَلَا قَطَعَ فِيهَا وَإِنْ كَانَتْ مِنْ ذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ. وَقَوْلُهُ (إِنْ كَانَ الصَّلِيبُ فِي الْمُصَلَى) أَيِ فِي مَوْضِعِ صَلَاةِ النَّصَارَى وَهُوَ مَعْبُدُهُمْ. (وَلَا قَطَعَ عَلَى سَارِقِ الصَّبِيِّ الْحُرِّ وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ حُلِيٌّ) لِأَنَّ الْحُرَّ لَيْسَ بِمَالٍ وَمَا عَلَيْهِ مِنَ الْحُلِيِّ تَبَعَ لَهُ، وَلِأَنَّهُ يَتَأَوَّلُ فِي أَخْذِهِ الصَّبِيَّ إِسْكَاتَهُ أَوْ حَمْلَهُ إِلَى مُرَضِعَتِهِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَقْطَعُ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ حُلِيٌّ هُوَ نِصَابٌ لِأَنَّهُ يَجِبُ الْقَطْعُ بِسَرِقَتِهِ وَحْدَهُ فَكَذَا مَعَ غَيْرِهِ، وَعَلَى هَذَا إِذَا سَرَقَ إِنْاءَ فِضَّةٍ فِيهِ نَيْبَذٌ أَوْ ثَرِيدٌ. وَالْخِلَافُ فِي الصَّبِيِّ لَا يَمْشِي وَلَا يَتَكَلَّمُ كَيْ لَا يَكُونَ فِي يَدِ نَفْسِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَا عَلَيْهِ مِنَ الْحُلِيِّ تَابِعٌ) لَا يُقَالُ: يَحُوزُ أَنْ يَكُونَ مَقْصُودُهُ مِنَ الْأَخْذِ هُوَ الْحُلِيُّ فَلَا يَكُونُ تَابِعًا لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ ذَلِكَ مَقْصُودُهُ لَأَخَذَ الْحُلِيَّ وَتَرَكَ الصَّبِيَّ. وَقَوْلُهُ (لِأَنَّهُ يَجِبُ الْقَطْعُ بِسَرِقَتِهِ وَحْدَهُ فَكَذَا مَعَ غَيْرِهِ) مَعْنَاهُ سَرَقَ مَا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ وَمَا لَا يَجِبُ، وَضَمُّ مَا لَا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ إِلَى مَا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ لَا يُسْقِطُهُ، كَمَا لَوْ سَرَقَ ثَوْبًا خَلَقًا لَا يُسَاوِي نِصَابًا وَفِيهِ عَشْرَةُ دَرَاهِمٍ مُضْرُوبَةٌ. وَقَوْلُهُ (وَعَلَى هَذَا إِذَا سَرَقَ إِنْاءَ فِضَّةٍ) ظَاهِرٌ.

(وَلَا قَطَعَ فِي سَرِقَةِ الْعَبْدِ الْكَبِيرِ) لِأَنَّهُ غَضَبٌ أَوْ خِدَاعٌ (وَيُقْطَعُ فِي سَرِقَةِ الْعَبْدِ الصَّغِيرِ) لِتَحَقُّقِهَا بِحَدِّهَا إِلَّا إِذَا كَانَ يُعْبَرُّ عَنْ نَفْسِهِ لِأَنَّهُ هُوَ وَالْبَالِغُ سَوَاءٌ فِي اعْتِبَارِ يَدِهِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا يَقْطَعُ وَإِنْ كَانَ صَغِيرًا لَا يَعْقِلُ وَلَا يَتَكَلَّمُ اسْتِحْسَانًا لِأَنَّهُ أَدْمِيٌّ

مِنْ وَجْهِ مَالٍ مِنْ وَجْهِ، وَلَهُمَا أَنَّهُ مَالٌ مُطْلَقٌ لِكَوْنِهِ مُنْتَفَعًا بِهِ أَوْ بَعَرَضٍ أَنْ يَصِيرَ مُنْتَفَعًا بِهِ إِلَّا أَنَّهُ انْضَمَّ إِلَيْهِ مَعْنَى الْأَدَمِيَّةِ.

(وَلَا قَطْعَ فِي الدَّفَاتِرِ كُلِّهَا) لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مَا فِيهَا وَذَلِكَ لَيْسَ بِمَالٍ (إِلَّا فِي دَفَاتِرِ الْحِسَابِ) لِأَنَّ مَا فِيهَا لَا يُقْصَدُ بِالْأَخْذِ فَكَانَ الْمَقْصُودُ هُوَ الْكَوَاعِدُ. قَالَ (وَلَا فِي سَرِقَةِ كَلْبٍ وَلَا فَهْدٍ) لِأَنَّ مِنْ جِنْسِهَا يُوجَدُ مُبَاحُ الْأَصْلِ غَيْرُ مَرْغُوبٍ فِيهِ وَلِأَنَّ الْاِخْتِلَافَ بَيْنَ الْعُلَمَاءِ ظَاهِرٌ فِي مَالِيَةِ الْكَلْبِ فَأَوْرَثَ شُبْهَةً.

الشرح:

(وَالدَّفَاتِرُ) جَمْعُ دَفْتَرٍ وَهِيَ الْكَرَارِيسُ، وَلَا قَطْعَ فِيهَا كُلِّهَا سَوَاءً كَانَتْ لِلتَّفْسِيرِ أَوْ لِلْحَدِيثِ أَوْ لِلْفَقْهِ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهَا مَا فِيهَا وَذَلِكَ لَيْسَ بِمَالٍ إِلَّا فِي دَفَاتِرِ الْحِسَابِ؛ لِأَنَّ مَا فِيهَا لَا يُقْصَدُ بِالْأَخْذِ فَكَانَ الْمَقْصُودُ هُوَ الْأُورَاقُ وَهُوَ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ، فَإِذَا بَلَغَ قِيَمَتَهُ نَصَابًا يُقْطَعُ. وَعَمُومُ كَلَامِهِ يُشْعِرُ بِأَنَّ دَفَاتِرَ الْأَشْعَارِ كَدَفَاتِرِ الْفَقْهِ فِي عَدَمِ وَجُوبِ الْقَطْعِ لِكَوْنِهَا مُحْتَاجًا إِلَيْهَا لِمَعْرِفَةِ اللُّغَةِ وَمَعَانِي الْقُرْآنِ، وَالْحَاجَةُ وَإِنْ قُلْتُ كَفَتْ لِإِيرَاثِ الشُّبْهَةِ. وَمِنَ النَّاسِ مَنْ أَلْحَقَهَا بِدَفَاتِرِ الْحِسَابِ لِكَوْنِهَا غَيْرُ مُحْتَاجٍ إِلَيْهَا فِي مَعْرِفَةِ أَحْكَامِ الشَّرْعِ (وَلَا قَطْعَ فِي سَرِقَةِ كَلْبٍ وَلَا فَهْدٍ) وَهُوَ ظَاهِرٌ.

(وَلَا قَطْعَ فِي دُفٍّ وَلَا طَبْلِ وَلَا بَرَبِطٍ وَلَا مِزْمَارٍ) لِأَنَّ عِنْدَهُمَا لَا قِيَمَةَ لَهَا وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ أَخَذَهَا يَتَأَوَّلُ الْكَسْرَ فِيهَا.

الشرح:

(وَلَا فِي دُفٍّ وَلَا طَبْلِ) وَالْدُفُّ بَضْمٌ الدَّالِّ وَفَتْحُهَا الَّذِي يُلْعَبُ بِهِ، وَهُوَ نَوْعَانِ مُدَوَّرٌ وَمُرَبَّعٌ، وَالْمَرَادُ بِالطَّبْلِ طَبْلُ اللَّهِو، وَأَمَّا طَبْلُ الْغَزَاةِ فَقَدْ اخْتَلَفَ فِيهِ الْمَشَايخُ. وَاخْتَارَ الصَّدْرُ الشَّهِيدُ عَدَمَ وَجُوبِ الْقَطْعِ لِأَنَّهُ كَمَا يَصْلُحُ لِلْعَزْوِ يَصْلُحُ لغيرِهِ فَتَتِمَّ كُنْ فِيهِ الشُّبْهَةُ. وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ عِنْدَهُمَا لَا قِيَمَةَ لَهَا) بِدَلِيلِ أَنَّ مُثْلَفُهُ لَا يَضْمَنُهُ (وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَإِنْ كَانَ يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَى الْمُثْلَفِ فَهِيَ مُتَقَوِّمَةٌ، لَكِنْ (أَخَذَهَا يَتَأَوَّلُ الْكَسْرَ فِيهَا) فَكَانَ ذَلِكَ شُبْهَةً.

(وَيُقْطَعُ فِي السَّاجِ وَالْقَنَّا وَالْأَبْنُوسِ وَالصُّنْدَلِ) لِأَنَّهَا أَمْوَالٌ مُحَرَّزَةٌ لِكَوْنِهَا عَزِيزَةٌ عِنْدَ النَّاسِ وَلَا تُوجَدُ بِصُورَتِهَا مُبَاحَةً فِي دَارِ الْإِسْلَامِ. قَالَ (وَيُقْطَعُ فِي الْقُصُوصِ

الْخَضِرِ وَالْيَاقُوتِ وَالزَّبَرَجَدِ) لِأَنَّهَا مِنْ أَعَزِّ الْأَمْوَالِ وَأَنْفَسِهَا وَلَا تُوجَدُ مُبَاحَةً الْأَصْلِ بِصُورَتِهَا فِي دَارِ الْإِسْلَامِ غَيْرَ مَرْغُوبٍ فِيهَا فَصَارَتْ كَالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ.

الشرح:

(وَالسَّاجُ) خَشَبٌ يُجْلَبُ مِنَ الْهِنْدِ (وَالْقَنَاءُ) بِالْكَسْرِ جَمْعُ قَنَاءٍ وَهِيَ خَشَبَةُ الرُّمَحِ (وَالْأَبْنُوسُ) بِمَدِّ الهمزة وَفَتْحِ الْبَاءِ مَعْرُوفٌ. وَقَوْلُهُ (وَلَا تُوجَدُ بِصُورَتِهَا مُبَاحَةً فِي دَارِ الْإِسْلَامِ) وَإِنَّمَا فَيَدُهُ بِدَارِ الْإِسْلَامِ لِأَنَّ الْأَمْوَالَ كُلَّهَا بَاقِيَةٌ عَلَى الْإِبَاحَةِ فِي دَارِ الْحَرْبِ.

(وَإِذَا اتَّخَذَ مِنَ الْخَشَبِ أَوَانِي وَأَبْوَابًا قُطِعَ فِيهَا) لِأَنَّهُ بِالصَّنْعَةِ التَّحَقُّ بِالْأَمْوَالِ النَّفِيسَةِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهَا تُحَرِّزُ بِخِلَافِ الْحَصِيرِ لِأَنَّ الصَّنْعَةَ فِيهِ لَمْ تَغْلِبْ عَلَى الْجِنْسِ حَتَّى يُبَسِّطُ فِي غَيْرِ الْحِرْزِ، وَفِي الْحَصْرِ الْبَغْدَادِيَّةِ قَالُوا يَجِبُ الْقَطْعُ فِي سَرَقَتِهَا لَغَلَبَةِ الصَّنْعَةِ عَلَى الْأَصْلِ وَإِنَّمَا يَجِبُ الْقَطْعُ فِي غَيْرِ الْمُرْكَبِ، وَإِنَّمَا يَجِبُ إِذَا كَانَ خَفِيفًا لَا يَنْثَقِلُ عَلَى الْوَاحِدِ حَمْلُهُ لِأَنَّ الثَّقِيلَ مِنْهُ لَا يُرْغَبُ فِي سَرَقَتِهِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا اتَّخَذَ مِنَ الْخَشَبِ أَوَانٌ) فَرَّقَ بَيْنَ الْعَمَلِ الْمُتَّصِلِ بِالْخَشَبِ وَالْعَمَلِ الْمُتَّصِلِ بِالْحَشِيشِ بِغَلَبَةِ الصَّنْعَةِ عَلَى الْأَصْلِ فَفِي الْخَشَبِ تَغْلِبُ الصَّنْعَةُ عَلَى الْجِنْسِ فَتُخْرِجُهُ عَنِ الْجِنْسِ الْمُبَاحِ بِازْدِيَادِ يَحْصُلُ فِي قِيَمَتِهِ وَيُعَزِّزُهُ بَحِثُ إِبْنِهِمْ يُدْخِلُونَهُ فِي الْحِرْزِ. وَأَمَّا فِي الْحَشِيشِ فَلَيْسَ كَذَلِكَ وَلِهَذَا يَفْرِشُونَهُ فِي غَيْرِ الْحِرْزِ، حَتَّى لَوْ غَلَبَ الصَّنْعَةُ عَلَى الْأَصْلِ كَالْحَصْرِ الْبَغْدَادِيَّةِ يَجِبُ الْقَطْعُ. وَقَوْلُهُ (وَإِنَّمَا يَجِبُ الْقَطْعُ) أَيُّ فِي الْأَبْوَابِ (فِي غَيْرِ الْمُرْكَبِ) بِالْجِدَارِ، أَمَّا إِذَا كَانَتْ مُرْكَبَةً فِي الْجِدَارِ فَقُلْعُهَا فَأَخَذَهَا فَإِنَّهُ لَا يَقُطَعُ لِأَنَّ الْقَطْعَ إِنَّمَا يَكُونُ فِي مَالٍ مُحَرَّرٍ لَا فِيمَا يُحَرِّزُ بِهِ، وَمَا فِي الْبَيْتِ مِنَ الْمَتَاعِ فَإِنَّمَا يُحَرِّزُ بِالْأَبْوَابِ الْمُرْكَبَةِ فَلَا تَكُونُ مُحَرَّرَةً، قِيلَ هَذَا فِي الْبَابِ الْبَرَّانِيِّ، وَأَمَّا فِي الْبَابِ الثَّانِي فِي الدَّاحِلِ فَفِيهِ الْقَطْعُ لِأَنَّهُ مُحَرَّرٌ بِالْبَرَّانِيِّ. وَقَوْلُهُ (وَإِنَّمَا يَجِبُ إِذَا كَانَ خَفِيفًا) ظَاهِرٌ.

(وَلَا قُطِعَ عَلَى خَائِنٍ وَلَا خَائِنَةٍ) لِقُصُورِ فِي الْحِرْزِ (وَلَا مُنْتَهَبٍ وَلَا مُخْتَلَسٍ) لِأَنَّهُ يُجَاهِرُ بِفِعْلِهِ، كَيْفَ وَقَدْ قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا قُطْعَ فِي مُخْتَلَسٍ وَلَا مُنْتَهَبٍ

وَلَا خَائِنٌ^(١).

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا قَطَعَ عَلَى خَائِنٍ) الْحَيَاةُ هُوَ أَنْ يَخُونَ الْمُوَدَّعُ مَا فِي يَدِهِ مِنَ الشَّيْءِ الْمَأْمُونِ. وَالِاتِّهَابُ أَنْ يَأْخُذَ عَلَى وَجْهِ الْعَلَانِيَةِ قَهْرًا مِنْ ظَاهِرٍ بَلَدَةٍ أَوْ قَرْيَةٍ. وَالِاخْتِلَاسُ أَنْ يَأْخُذَ مِنَ الْبَيْتِ سُرْعَةً جَهْرًا، وَالْوَجْهُ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ. (وَلَا قَطَعَ عَلَى النَّبَاشِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَالشَّافِعِيُّ عَلَيْهِ الْقَطْعُ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ نَبَشَ قَطْعَنَاهُ»^(٢) وَلَأنَّهُ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ مُحَرَّرٌ يُحَرِّزُ مِثْلَهُ فَيُقَطَّعُ فِيهِ. وَلَهُمَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا قَطَعَ عَلَى الْمُخْتَفِي»^(٣) وَهُوَ النَّبَاشُ بِلُغَةِ أَهْلِ الْمَدِينَةِ، وَلَأنَّ الشُّبْهَةَ تَمَكَّنَتْ فِي الْمَلِكِ لِأنَّهُ لَا مَلِكَ لِلْمَيْتِ حَقِيقَةً وَلَا لِلْوَارِثِ لَتَقَدُّمِ حَاجَةِ الْمَيْتِ، وَقَدْ تَمَكَّنَ الْخَلَلُ فِي الْمَقْصُودِ وَهُوَ الْانْزِجَارُ لِأنَّ الْجِنَايَةَ فِي نَفْسِهَا نَادِرَةٌ الْوُجُودِ وَمَا رَوَاهُ غَيْرُ مَرْفُوعٍ أَوْ هُوَ مَحْمُولٌ عَلَى السِّيَاسَةِ، وَإِنْ كَانَ الْقَبْرُ فِي بَيْتٍ مُفْضَلٍ فَهُوَ عَلَى الْخِلَافِ فِي الصَّحِيحِ لَمَّا قُلْنَا وَكَذَا إِذَا سَرَقَ مِنْ تَابُوتٍ فِي الْقَافِلَةِ وَفِيهِ الْمَيْتُ لَمَّا بَيَّنَّاهُ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا قَطَعَ عَلَى النَّبَاشِ) اخْتَلَفَ الصَّحَابَةُ فِي مَسْأَلَةِ النَّبَاشِ؛ فَقَالَ عُمَرُ وَعَائِشَةُ وَابْنُ الزُّبَيْرِ وَابْنُ مَسْعُودٍ رضي الله عنه بِوُجُوبِ الْقَطْعِ عَلَى النَّبَاشِ، وَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: لَا قَطَعَ عَلَيْهِ، وَقَدْ اتَّفَقَ عَلَى ذَلِكَ مَنْ بَقِيَ مِنَ الصَّحَابَةِ فِي عَهْدِ مَرْوَانَ عَلَى مَا رُوِيَ أَنَّ نَبَاشًا أَتَى بِهِ مَرْوَانُ. فَسَأَلَ الصَّحَابَةَ عَنْ ذَلِكَ فَلَمْ يَثْبُتُوا فِيهِ شَيْئًا، فَعَزَّرَهُ أَسْوَاطًا وَلَمْ يَقْطَعُوهُ. وَبِهِ أَخَذَ أَبُو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ.

وَبِالْأَوَّلِ أَخَذَ أَبُو يُوسُفَ وَالشَّافِعِيُّ (لِقَوْلِهِ عليه السلام): «وَمَنْ نَبَشَ قَطْعَنَاهُ» وَلَأنَّهُ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ مُحَرَّرٌ بِحَرِّزٍ مِثْلِهِ فَيُقَطَّعُ فِيهِ) أَمَّا أَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ فَلَا شُبْهَةَ فِيهِ، فَإِنَّ الْإِبَاسَ الثَّوْبَ

(١) أخرجه أبو داود (٤٣٩١، ٤٣٩٢، ٤٣٩٣) مقطعا، والترمذي في الحدود باب ١٨، والنسائي

(٤٦٠٦)، وابن ماجه (٢٥٩١)، وانظر نصب الرأية (٥٨١/٣).

(٢) أخرجه البيهقي في المعرفة، وانظر نصب الرأية (٥٦١/٣).

(٣) قال الزيلعي في نصب الرأية (٥٦٢/٣): غريب.

للمَيِّتِ لَا يُخْرِجُهُ عَنِ التَّقْوَمِ، وَأَمَّا أَنَّهُ مُحَرَّرٌ فَلَا أَنَّهُ لَيْسَ بِمُضَيِّعٍ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الْأَبَ وَالْوَصِيَّ إِذَا كَفَّنَا الصَّبِيَّ مِنْ مَالِهِ لَا يَضْمَنَانِ، وَمَا لَا يَكُونُ مُحَرَّرًا يَكُونُ مُضَيِّعًا وَفِيهِ الضَّمَانُ. وَأَمَّا قَوْلُهُ (بِحَرْزٍ مِثْلِهِ) بِحَرْفِ الْجَرِّ، فَلَمَّا بَيَّنَّاهُ الطَّحَاوِيُّ: حَرْزُ كُلِّ شَيْءٍ مُعْتَبَرٌ بِحَرْزٍ مِثْلِهِ، حَتَّى أَنَّهُ إِذَا سَرَقَ دَابَّةً مِنْ إصْطَبَلٍ يُقَطَّعُ، وَلَوْ سَرَقَ لُؤْلُؤَةً مِنَ الْإِصْطَبَلِ لَمْ يُقَطَّعْ. وَإِذَا سَرَقَ شَاةً مِنَ الْحَظِيرَةِ يُقَطَّعُ، وَلَوْ كَانَ فِيهَا تَوْبٌ فَسَرَقَهُ لَمْ يُقَطَّعْ لِأَنَّ الشَّاةَ لَا تُحَرَّزُ بِأَخْصَنَ مِنْهَا إِذَا كَانَ بِأُيُهَا بَحِثُ يَمْنَعُ إِخْرَاجَ الشَّاةِ دُونَ دُخُولِ الْآدَمِيِّ وَإِخْرَاجَ سَائِرِ الْأَمْوَالِ. وَقَوْلُهُ (وَلَهُمَا) أَيُّ لِأَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ لَا يَحْتَاجُ إِلَى شَرْحٍ. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ كَانَ الْقَبْرُ فِي بَيْتٍ مُقْفَلٍ) بِسُكُونِ الْقَافِ مِنْ أَقْفَلَ الْبَابِ.

وَقَوْلُهُ (فَهُوَ عَلَى الْخِلَافِ فِي الصَّحِيحِ) بَيَّنَّاهُ مَا قَالَ فِي الْمَبْسُوطِ: وَاخْتَلَفَ الْمَشَايخُ فِيمَا إِذَا كَانَ الْقَبْرُ فِي بَيْتٍ مُقْفَلٍ ثُمَّ قَالَ: وَالْأَصَحُّ عِنْدِي أَنَّهُ لَا يَجِبُ الْقَطْعُ سَوَاءً كَانَ نَبْشُ الْقَبْرِ لِلْكَفَنِ أَوْ سَرَقَ مَالًا آخَرَ مِنْ ذَلِكَ الْبَيْتِ لِأَنَّ بَوَاضِعَ الْقَبْرِ فِيهِ اخْتِلَافٌ صِفَةُ الْحَرْزِ فِي ذَلِكَ الْبَيْتِ، فَإِنَّ لِكُلِّ أَحَدٍ مِنَ النَّاسِ تَأْوِيلًا بِالْإِخْلَافِ فِيهِ لِزِيَارَةِ الْقَبْرِ. وَكَذَلِكَ اخْتَلَفُوا فِيمَا إِذَا سَرَقَ مِنْ تَابُوتٍ فِي الْقَافِلَةِ وَفِيهِ الْمَيِّتُ، فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ يُقَطَّعُ لِأَنَّهُ مُحَرَّرٌ بِالْقَافِلَةِ. قَالَ شَمْسُ الْأُيُتْمَةِ: وَالْأَصَحُّ عِنْدِي أَنَّهُ لَا يَجِبُ الْقَطْعُ لِاخْتِلَالِ صِفَةِ الْمَالِكِيَّةِ وَالْمُلْكِيَّةِ فِي الْكَفَنِ مِنَ الْوَجْهِ الَّذِي قَرَّرْنَاهُ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا بَيَّنَّاهُ) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ ﷺ: «لَا قَطْعَ عَلَى الْمُخْتَفِي» وَالْمَعْقُولُ وَهُوَ قَوْلُهُ لِأَنَّهُ لَا مِلْكَ لِلْمَيِّتِ حَقِيقَةً.

(وَلَا يُقَطَّعُ السَّارِقُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ) لِأَنَّهُ مَالُ الْعَامَّةِ وَهُوَ مِنْهُمْ. قَالَ (وَلَا مِنْ مَالِ

لِلسَّارِقِ فِيهِ شَرِكَةٌ) لَمَّا قُلْنَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا يُقَطَّعُ السَّارِقُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا قُلْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى مَا يُفْهَمُ مِنْ قَوْلِهِ لِأَنَّهُ مَالُ الْعَامَّةِ وَهُوَ مِنْهُمْ، فَإِنَّهُ يُفْهَمُ مِنْ ذَلِكَ أَنَّ لِلْسَّارِقِ فِيهِ حَقًّا وَلَمَّا قُلْنَا إِشَارَةٌ إِلَيْهِ.

(وَمَنْ لَهُ عَلَى آخَرِ دَرَاهِمٍ فَسَرَقَ مِنْهُ مِثْلَهَا لَمْ يُقَطَّعْ لِأَنَّهُ اسْتِيفَاءٌ لِحَقِّهِ)، وَالْحَالُ

وَالْمُؤَجَّلُ فِيهِ سَوَاءٌ اسْتِحْسَانًا لِأَنَّ التَّاجِيلَ لِتَأْخِيرِ الْمُطَالَبَةِ، وَكَذَا إِذَا سَرَقَ زِيَادَةً عَلَى حَقِّهِ
لَأَنَّهُ بِمِقْدَارِ حَقِّهِ يَصِيرُ شَرِيكًا فِيهِ (وَإِنْ سَرَقَ مِنْهُ عَرُوضًا قُطْعًا) لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ وِلَايَةٌ
الِاسْتِيفَاءِ مِنْهُ إِلَّا بَيْعًا بِالتَّرَاضِي. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يُقْطَعُ لِأَنَّهُ لَوْ أَن يَأْخُذَهُ عِنْدَ
بَعْضِ الْعُلَمَاءِ قَضَاءٌ مِنْ حَقِّهِ أَوْ رَهْنًا بِحَقِّهِ. قُلْنَا: هَذَا قَوْلٌ لَا يَسْتَنْدُ إِلَى دَلِيلٍ ظَاهِرٍ فَلَا
يُعْتَبَرُ بِدُونِ اتِّصَالِ الدَّعْوَى بِهِ، حَتَّى لَوْ ادَّعَى ذَلِكَ دُرِيَّ عَنْهُ الْحَدُّ لِأَنَّهُ ظَنٌّ فِي مَوْضِعِ
الْخِلَافِ، وَلَوْ كَانَ حَقُّهُ دَرَاهِمَ فَسَرَقَ مِنْهُ دَنَانِيرَ قِيلَ يُقْطَعُ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ حَقٌّ الْأَخْذِ،
وَقِيلَ لَا يُقْطَعُ لِأَنَّ التَّقْوَدَ جِنْسٌ وَاحِدٌ.

الشرح:

قَالَ (وَالْحَالُ وَالْمُؤَجَّلُ فِيهِ) أَيُّ فِي عَدَمِ الْقَطْعِ (سَوَاءٌ) أَمَّا إِذَا كَانَ حَالًا فَظَاهِرٌ،
وَأَمَّا إِذَا كَانَ مُؤَجَّلًا فَلَأَنَّ التَّاجِيلَ لَيْسَ إِلَّا لِتَأْخِيرِ الْمُطَالَبَةِ، وَأَمَّا نَفْسُ وَجُوبِ الدَّيْنِ
فَنَابِتٌ قَبْلَ الْمُطَالَبَةِ أَيْضًا، وَالْقِيَاسُ أَنْ يُقْطَعَ لِأَنَّهُ سَرَقَ مَا لَا يُبَاحُ لَهُ الْأَخْذُ كَمَا لَوْ
سَرَقَ مِنْ خِلَافِ جِنْسِهِ. وَوَجْهُ الاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْأَخْذَ إِنْ لَمْ يَكُنْ مُسْتَحَقًّا لِمَكَانِ
الْأَجَلِ كَانَ لَهُ شُبْهَةٌ الْأَخْذِ وَهِيَ كَافِيَةٌ لِلدَّرءِ.

وَقَوْلُهُ (وَكَذَا إِذَا سَرَقَ زِيَادَةً عَلَى حَقِّهِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ عِنْدَ
بَعْضِ الْعُلَمَاءِ) يُرِيدُ بِهِ ابْنُ أَبِي لَيْلَى فَإِنَّهُ يَقُولُ: وَإِنْ ظَفَرَ بِخِلَافِ جِنْسِ حَقِّهِ كَانَ لَهُ
أَنْ يَأْخُذَهُ لَوْجُودِ الْمُجَانَسَةِ بِاعْتِبَارِ صِفَةِ الْمَالِيَّةِ. وَمِنْ الْعُلَمَاءِ مَنْ يَقُولُ: لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ
رَهْنًا بِحَقِّهِ، وَاخْتِلَافُ الْعُلَمَاءِ يُورِثُ الشُّبْهَةَ (قُلْنَا: هَذَا الْقَوْلُ لَا يَسْتَنْدُ إِلَى دَلِيلٍ ظَاهِرٍ)
الْقِيَاسُ أَنْ لَا يَأْخُذَ جِنْسَ حَقِّهِ فِي الدَّيْنِ الْحَالِ لِأَنَّ حَقَّهُ فِي الْوَصْفِ فِي الْحَقِيقَةِ. وَهَذَا
عَيْنٌ لَكِنْ تَرَكْنَاهُ فِيهِ لِقَلَّةِ التَّفَاوُتِ بَيْنَهُمَا، وَلَا كَذَلِكَ خِلَافُ الْجِنْسِ لِفُحْشِ التَّفَاوُتِ
فَلَا يُتْرَكُ الْقِيَاسُ (وَلَا يُعْتَبَرُ بِدُونِ اتِّصَالِ الدَّعْوَى بِهِ، حَتَّى لَوْ ادَّعَى ذَلِكَ) أَيُّ أَنَّهُ أَخْذَهُ
قَضَاءً لِحَقِّهِ أَوْ رَهْنًا بِهِ (دُرِيَّ الْحَدُّ عَنْهُ) لِأَنَّ فِعْلَهُ فِي مَوْضِعِ الاجْتِهَادِ لَا يَنْفَكُ عَنْ شُبْهَةِ
وَإِنْ كَانَ هُوَ مُخْطِئًا فِي ذَلِكَ التَّأْوِيلِ عِنْدَنَا. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ كَانَ حَقُّهُ دَرَاهِمَ) ظَاهِرٌ.
وَقَوْلُهُ (وَقِيلَ لَا يُقْطَعُ) قِيلَ: هُوَ الْأَصَحُّ (لَأَنَّ التَّقْوَدَ جِنْسٌ وَاحِدٌ) كَمَا فِي الزَّكَاةِ
وَالشُّفْعَةِ.

(وَمَنْ سَرَقَ عَيْنًا فَقُطِعَ فِيهَا فَرَدَّهَا ثُمَّ عَادَ فَسَرَقَهَا وَهِيَ بِحَالِهَا لَمْ يُقْطَعْ)

وَالْقِيَاسُ أَنْ يَقْطَعَ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ، لقوله عليه الصلاة والسلام: «فَإِنْ عَادَ فَاقْطَعُوهُ»^(١) مِنْ غَيْرِ فِصْلٍ، وَلَأَنَّ الثَّانِيَةَ مُتَكَامِلَةٌ كَالأُولَى بَلْ أَقْبَحُ لَتَقْدُمِ الزَّاجِرِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا بَاعَهُ الْمَالِكُ مِنَ السَّارِقِ ثُمَّ اشْتَرَاهُ مِنْهُ ثُمَّ كَانَتْ السَّرِقَةُ. وَلَنَا أَنَّ الْقَطْعَ أَوْجَبَ سُقُوطَ عِصْمَةِ الْمَحَلِّ عَلَى مَا يُعْرَفُ مِنْ بَعْدِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَبِالرَّدِّ إِلَى الْمَالِكِ إِنْ عَادَتْ حَقِيقَةُ الْعِصْمَةِ بَقِيَتْ شُبْهَةُ السُّقُوطِ نَظَرًا إِلَى اتِّحَادِ الْمَلِكِ وَالْمَحَلِّ، وَقِيَامِ الْمَوْجِبِ وَهُوَ الْقَطْعُ فِيهِ، بِخِلَافِ مَا ذُكِرَ لَأَنَّ الْمَلِكَ قَدْ اخْتَلَفَ بِاخْتِلَافِ سَبَبِهِ، وَلَأَنَّ تَكَرُّرَ الْجِنَايَةِ مِنْهُ نَادِرٌ لَتَحْمِلُهُ مَشَقَّةُ الزَّاجِرِ فَتُعْرَى الْإِقَامَةُ عَنِ الْمَقْصُودِ وَهُوَ تَقْلِيلُ الْجِنَايَةِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا قُدِّمَ الْمَحْدُودُ فِي قُدْحٍ الْمَقْدُوفِ الْأَوَّلِ.

قَالَ (فَإِنْ تَغَيَّرَتْ عَنْ حَالِهَا مِثْلُ أَنْ يَكُونَ غَزَلًا فَسَرَقَهُ وَقُطِعَ فَرْدُهُ ثُمَّ تُسِجَ فَعَادَ فَسَرَقَهُ قُطِعَ) لَأَنَّ الْعَيْنَ قَدْ تَبَدَّلَتْ وَلِهَذَا يَمْلِكُهُ الْغَاصِبُ بِهِ، وَهَذَا هُوَ عَلَامَةُ التَّبَدُّلِ فِي كُلِّ مَحَلٍّ، وَإِذَا تَبَدَّلَتْ انْتَفَتِ الشُّبْهَةُ النَّاشِئَةُ مِنْ اتِّحَادِ الْمَحَلِّ، وَالْقَطْعُ فِيهِ فَوْجَبَ الْقَطْعِ ثَانِيًا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ سَرَقَ عَيْنًا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ الثَّانِيَةَ مُتَكَامِلَةٌ كَالأُولَى) وَجْهُ التَّشْبِيهِ هُوَ أَنَّ الْمَتَاعَ بَعْدَ رَدِّهِ عَلَى الْمَسْرُوقِ مِنْهُ فِي حَقِّ السَّارِقِ كَعَيْنٍ أُخْرَى فِي حُكْمِ الضَّمَانِ، حَتَّى لَوْ غَصَبَهَا أَوْ أَتْلَفَهَا كَانَ ضَامِنًا، فَكَذَلِكَ فِي حُكْمِ الْقَطْعِ لَمَّا آتَاهُ مَالٌ مَعْصُومٌ كَامِلُ الْمِقْدَارِ أَخَذَ مِنْ حَزْزٍ لَا شُبْهَةَ فِيهِ. وَبِهَذِهِ الْأَوْصَافِ لَزِمَهُ الْقَطْعُ فِي الْمَرَّةِ الْأُولَى فَكَذَلِكَ فِي الْمَرَّةِ الثَّانِيَةِ. وَأَمَّا كَوْنُهُ أَقْبَحَ فَظَاهِرٌ لَتَقْدُمِ الزَّاجِرِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَنَا أَنَّ الْقَطْعَ أَوْجَبَ سُقُوطَ عِصْمَةِ الْمَحَلِّ عَلَى مَا يُعْرَفُ مِنْ بَعْدِ) إشارَةً إِلَى قَوْلِهِ بَعْدَ أَوْرَاقٍ. وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا غُرْمَ عَلَى السَّارِقِ بَعْدَ مَا قُطِعَتْ يَمِينُهُ» إلخ. وَسُقُوطُ عِصْمَةِ الْمَحَلِّ يُوجِبُ انْتِفَاءَ الْقَاطِعِ، فَإِنْ قِيلَ: الْعِصْمَةُ وَإِنْ سَقَطَتْ بِالْقَطْعِ لَكِنَّهَا عَادَتْ بِالرَّدِّ إِلَى الْمَالِكِ، أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَبِالرَّدِّ إِلَى الْمَالِكِ إِنْ عَادَتْ حَقِيقَةُ الْعِصْمَةِ بَقِيَتْ شُبْهَةُ السُّقُوطِ نَظَرًا إِلَى اتِّحَادِ الْمَلِكِ وَالْمَحَلِّ وَقِيَامِ الْمَوْجِبِ وَهُوَ الْقَطْعُ فِيهِ) فَقَوْلُهُ نَظَرًا إِلَى اتِّحَادِ الْمَلِكِ اخْتِرَازٌ عَمَّا لَوْ تَبَدَّلَ الْمَلِكُ

(١) أخرجه الدارقطني في السنن (٣/١٨١)، وانظر نصب الراية (٣/٥٦٢).

فِي ذَلِكَ وَهُوَ جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ كَمَا إِذَا بَاعَهُ الْمَالِكُ مِنَ السَّارِقِ إلخ. وَقَوْلُهُ وَالْمَحْلُ احْتِرَازٌ عَمَّا إِذَا تَبَدَّلَ الْمَحْلُ كَمَا فِي صُورَةِ الْغَزْلِ وَهُوَ قَوْلُهُ فِيمَا يَجِيءُ بِقَوْلِهِ فَإِنْ تَعَيَّرَتْ عَنْ حَالِهَا مِثْلُ أَنْ يَكُونَ غَزْلًا إلخ (وَقَوْلُهُ وَقِيَامُ الْمُوجِبِ) أَيْ مُوجِبُ سُقُوطِ الْعِصْمَةِ وَهُوَ احْتِرَازٌ عَمَّا كَانَ قَبْلَ الْقَطْعِ. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ مَا ذَكَرَهُ) يَعْنِي أَبَا يُوسُفَ مِنْ صُورَةِ الْبَيْعِ (لَأَنَّ الْمَلِكَ قَدْ اخْتَلَفَ بِاخْتِلَافِ سَبَبِهِ)، وَأَصْلُهُ حَدِيثُ بَرِيرَةَ وَهُوَ مَعْرُوفٌ. وَقَوْلُهُ (أَوْ لِأَنَّ تَكَرُّرَ الْجِنَايَةِ) مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ وَلَنَا أَنَّ الْقَطْعَ فَهُوَ دَلِيلٌ آخَرُ.

وَتَقْرِيرُهُ تَكَرُّرُ الْجِنَايَةِ مِنْهُ بِالْعَوْدِ إِلَى سَرِقَةٍ مَا قُطِعَ فِيهِ نَادِرٌ جَدًّا لِتَحْمَلِهِ مَشَقَّةَ الزَّاجِرِ، وَالتَّادِيرُ يَعْرَى عَنْ مَقْصُودِ الْإِقَامَةِ وَهُوَ تَقْلِيلُ الْجِنَايَةِ فَلَا يَحْتَاجُ إِلَيْهَا (وَصَارَ كَمَا إِذَا قَذَفَ الْمَخْدُودُ فِي الْقَذْفِ الْمَقْدُوفِ الْأَوَّلِ) بِالزَّنَا الْأَوَّلِ فَإِنَّهُ لَا يُحَدُّ نَظْرًا إِلَى عَرَائِهِ عَنْ مَقْصُودِ الْإِقَامَةِ. فَإِنْ قِيلَ: نَظِيرُ مَسْأَلَتِنَا حَدُّ الزَّنَا فِي كَوْنِ الْحَدِّ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خَالِصٌ حَقَّ اللَّهُ تَعَالَى، ثُمَّ حَدُّ الزَّنَا يَتَكَرَّرُ بِتَكَرُّرِ الْفِعْلِ فِي مَحَلٍّ وَاحِدٍ، حَتَّى أَنْ مَنْ زَنَى بِامْرَأَةٍ فَحَدُّ ثُمَّ زَنَى بِتِلْكَ الْمَرْأَةِ مَرَّةً أُخْرَى يُحَدُّ ثَانِيًا، بِخِلَافِ حَدِّ الْقَذْفِ فَإِنَّ فِيهِ حَقَّ الْعَبْدِ خُصُوصًا عَلَى أَصْلِ الْخُصْمِ، وَخُصُومَةُ الْمَقْدُوفِ فِي الْحَدِّ فِي الْمَرَّةِ الثَّانِيَةِ غَيْرُ مَسْمُوعَةٍ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ إِظْهَارُ كَذِبِ الْقَاذِفِ وَدَفْعُ الْعَارِ عَنْ نَفْسِهِ وَقَدْ حَصَلَ ذَلِكَ بِالْمَرَّةِ الْأُولَى.

أُجِيبَ بِأَنَّ حَدَّ الْقَذْفِ نَظِيرُ مَسْأَلَتِنَا مِنْ حَيْثُ إِنَّ هَذَا حَدُّ لَا يُسْتَوْفَى إِلَّا بِخُصُومَةٍ فَلَا يَتَكَرَّرُ إِلَّا بِتَكَرُّرِ الْخُصُومَةِ مِنْ شَخْصٍ وَاحِدٍ فِي مَحَلٍّ وَاحِدٍ كَحَدِّ الْقَذْفِ. وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْمُتَنَازِعِ فِيهِ وَصُورَةِ الزَّنَا أَنَّ الْحَدَّ فِي الزَّنَا إِمَّا هُوَ بِاعْتِبَارِ الْمُسْتَوْفَى، وَالْمُسْتَوْفَى فِي الْمَرَّةِ الثَّانِيَةِ غَيْرُ الْمُسْتَوْفَى فِي الْمَرَّةِ الْأُولَى، لِأَنَّ الْأَوَّلَ تَلَاشَى وَاضْمَحَلَّ. وَالْمَسْرُوقُ فِي الْمُتَنَازِعِ فِيهِ هُوَ بَعِيْنُهُ الْمَسْرُوقُ فِي الْمَرَّةِ الْأُولَى. وَقَوْلُهُ (فَإِنْ تَعَيَّرَتْ عَنْ حَالِهَا) ظَاهِرٌ، وَالْقَطْعُ بِالْجَرِّ عَظِفَ عَلَى قَوْلِهِ مِنْ اتِّحَادٍ.

فَصْلٌ فِي الْحِرْزِ وَالْأَخْذِ مِنْهُ

الشرح:

(فَصْلٌ فِي الْحِرْزِ وَالْأَخْذِ مِنْهُ): لَمَّا كَانَ تَحَقُّقُ السَّرِقَةِ مَوْثُوقًا عَلَى كَوْنِ الْمَسْرُوقِ

مَالًا مُحَرَّرًا وَقَرَعَ عَنْ ذِكْرِ الْمَوْصُوفِ شَرَعَ فِي تَيَانِ الْحِرْزِ الَّذِي يَحْصُلُ بِهِ الْوَصْفُ، ثُمَّ الْعِلَّةُ فِي سَقُوطِ الْقَطْعِ عَنْ قَرَابَةِ الْوِلَادِ أَمْرَانِ: الْبُسُوطَةُ فِي الْمَالِ وَفِي حَقِّ الدُّخُولِ فِي الْحِرْزِ وَعَنْ ذِي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ أَمْرٌ وَاحِدٌ وَهُوَ الْبُسُوطَةُ فِي الدُّخُولِ فِي الْحِرْزِ.

(وَمَنْ سَرَقَ مِنْ أَبَوَيْهِ أَوْ وَلَدِهِ أَوْ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ لَمْ يَقْطَعْ) فَلِأَوَّلِهِ وَهُوَ الْوِلَادُ لِلْبُسُوطَةِ فِي الْمَالِ وَفِي الدُّخُولِ فِي الْحِرْزِ. وَالثَّانِي لِلْمَعْنَى الثَّانِي، وَلِهَذَا أَبَاحَ الشَّرْعُ النَّظَرَ إِلَى مَوَاضِعِ الزَّيْنَةِ الظَّاهِرَةِ مِنْهَا، بِخِلَافِ الصَّدِيقَيْنِ لِأَنَّهُ عَادَاهُ بِالسَّرِقَةِ. وَفِي الثَّانِي خِلَافُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهُ أَحَقَّهَا بِالْقَرَابَةِ الْبَعِيدَةِ، وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي الْعِتَاقِ (وَلَوْ سَرَقَ مِنْ بَيْتِ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مَتَاعَ غَيْرِهِ يَنْبَغِي أَنْ لَا يَقْطَعْ، وَلَوْ سَرَقَ مَالَهُ مِنْ بَيْتِ غَيْرِهِ يَقْطَعْ) اعْتِبَارًا لِلْحِرْزِ وَعَدَمِهِ (وَإِنْ سَرَقَ مِنْ أُمِّهِ مِنَ الرِّضَاعَةِ قُطِعَ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى أَنَّهُ لَا يَقْطَعْ لِأَنَّهُ يَدْخُلُ عَلَيْهَا مِنْ غَيْرِ اسْتِئْذَانٍ وَحِشْمَةٍ، بِخِلَافِ الْأَخْتِ مِنَ الرِّضَاعِ لِانْعِدَامِ هَذَا الْمَعْنَى فِيهَا عَادَةً. وَجِهَ الظَّاهِرِ أَنَّهُ لَا قَرَابَةَ وَالْمَحْرَمِيَّةُ بِدُونِهَا لَا تُحْتَرَمُ كَمَا إِذَا ثَبَتَتْ بِالزَّنَا وَالتَّقْيِيلِ عَنْ شَهْوَةٍ، وَأَقْرَبُ مِنْ ذَلِكَ الْأَخْتُ مِنَ الرِّضَاعَةِ، وَهَذَا لِأَنَّ الرِّضَاعَ قَلَمًا يَشْتَهَرُ فَلَا بُسُوطَةَ تَحَرُّزًا عَنْ مَوْحِفِ التَّهْمَةِ بِخِلَافِ النَّسَبِ.

الشرح:

(وَلِهَذَا أَبَاحَ الشَّرْعُ النَّظَرَ إِلَى مَوَاضِعِ الزَّيْنَةِ الظَّاهِرَةِ) الْوَجْهِ وَالْكَفِّ عَلَى مَا سَيَجِيءُ فِي كِتَابِ الْكَرَاهِيَةِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. وَقَوْلُهُ (وَفِي الثَّانِي) يَعْنِي وَفِي ذِي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ (خِلَافُ الشَّافِعِيِّ) فَإِنَّهُ يَقُولُ فِي غَيْرِ الْوَالِدَيْنِ وَالْمَوْلُودَيْنِ يَجِبُ الْقَطْعُ (لِأَنَّهُ أَحَقَّهَا بِالْقَرَابَةِ الْبَعِيدَةِ، وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي الْعِتَاقِ) وَلَوْ سَرَقَ مِنْ بَيْتِ ذِي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ مَتَاعَ غَيْرِهِ يَنْبَغِي أَنْ لَا يَقْطَعْ لَعَدَمِ الْحِرْزِ (وَلَوْ سَرَقَ مَالَهُ) أَيُّ مَالِ ذِي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ (مَنْ بَيَّتَ غَيْرَهُ قُطِعَ) لَوْجُودِ الْحِرْزِ.

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ سَرَقَ مِنْ أُمِّهِ مِنَ الرِّضَاعِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَالْمَحْرَمِيَّةُ بِدُونِهَا) أَيُّ بِدُونِ الْقَرَابَةِ (لَا تُحْتَرَمُ) أَيُّ لَا تُجْعَلُ حُرْمَةً قَوِيَّةً عَادَةً (كَمَا إِذَا ثَبَتَتْ) يَعْنِي الْمَحْرَمِيَّةُ (بِالزَّنَا) فَإِنَّهُ إِذَا سَرَقَ مِنْ بَيْتِ بَنَتِ الْمَرْأَةِ الَّتِي زَنَى بِهَا لَا يُعَدُّ شُبْهَةً فِي قَطْعِ الْيَدِ بَلْ تُقْطَعُ وَإِنْ كَانَتْ الْمَحْرَمِيَّةُ مَوْجُودَةً، وَكَذَلِكَ إِذَا ثَبَتَتْ بِالتَّقْيِيلِ عَنْ شَهْوَةٍ. وَقَوْلُهُ (وَأَقْرَبُ مِنْ ذَلِكَ) أَيُّ مِنَ الْحُرْمَةِ الثَّابِتَةِ بِالزَّنَا (الْأَخْتُ مِنَ الرِّضَاعَةِ) يَعْنِي: أَنَّ الْأُمَّ مِنَ الرِّضَاعِ أَشْبَهُ إِلَى الْأَخْتِ مِنَ الرِّضَاعِ فِي إِبْتَاطِ الْحُرْمَةِ مِنَ الْحُرْمَةِ الثَّابِتَةِ بِالزَّنَا، ثُمَّ

السَّرْقَةُ مِنْ يَبْتَ الْأُخْتِ مِنَ الرِّضَاعِ مُوجِبَةٌ لِلْقَطْعِ بِالْإِجْمَاعِ فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ مِنْ يَبْتَ أُمِّهِ مِنَ الرِّضَاعِ كَذَلِكَ. وَوَجْهُ الْأَقْرَبَةِ أَنْ إِلْحَاقَ الرِّضَاعِ بِالرِّضَاعِ أَقْرَبُ مِنْ إِلْحَاقِهِ بِالزُّنَا. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) أَيُّ الْقَطْعِ مَعَ الدُّخُولِ عَلَيْهَا مِنْ غَيْرِ اسْتِثْنَانِ وَحِشْمَةٍ (لأنَّ الرِّضَاعَ قَلَمًا يُشْتَهَرُ فَلَا بُسُوطَةَ تَحَرُّزًا عَنْ مَوْفِ الثُّهْمَةِ بِخِلَافِ النَّسَبِ).

(وَإِذَا سَرَقَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ مِنَ الْآخِرِ أَوِ الْعَبْدُ مِنْ سَيِّدِهِ أَوْ مِنْ امْرَأَةٍ سَيِّدِهِ أَوْ مِنْ زَوْجِ سَيِّدَتِهِ لَمْ يَقْطَعْ) لَوْجُودِ الْإِذْنِ بِالدُّخُولِ عَادَةً، وَإِنْ سَرَقَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ مِنْ حِرْزِ الْآخَرِ خَاصَّةً لَا يَسْكُنَانِ فِيهِ فَكَذَلِكَ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لِبُسُوطَةِ بَيْنَهُمَا فِي الْأَمْوَالِ عَادَةً وَدَلَالَةً وَهُوَ تَضْيِيرُ الْخِلَافِ فِي الشَّهَادَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا سَرَقَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ مِنَ الْآخَرِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَدَلَالَةٌ) مَعْنَاهُ أَنَّهَا لَمْ يَذَلَّتْ نَفْسُهَا وَهِيَ أَنْفَسُ مِنَ الْأَمْوَالِ فَلَا أَنْ تَبْذُلَ الْمَالُ أَوَّلَى (وَهُوَ تَضْيِيرُ الْخِلَافِ فِي الشَّهَادَةِ) فَإِنَّ شَهَادَةَ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ لِلْآخَرِ لَا تُقْبَلُ عِنْدَنَا، وَعِنْدَهُ تُقْبَلُ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ بَلْ هَذَا أَوَّلَى لِأَنَّ هَذِهِ الْبُسُوطَةَ لَمْ مَنَعَتْ قَبُولَ الشَّهَادَةِ فَلَا أَنْ تَمْنَعَ الْقَطْعَ وَهُوَ مِمَّا يَنْدَرِي بِالشُّبُهَاتِ أَوَّلَى.

(وَلَوْ سَرَقَ الْمَوْلَى مِنْ مَكَاتِبِهِ لَمْ يَقْطَعْ) لِأَنَّ لَهُ فِي أَكْسَابِهِ حَقًّا (وَكَذَلِكَ السَّارِقُ مِنَ الْمَغْنَمِ) لِأَنَّ لَهُ فِيهِ نَصِيبًا، وَهُوَ مَأْثُورٌ عَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ دَرَأًا وَتَعْلِيلًا.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَهُوَ مَأْثُورٌ عَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ دَرَأًا وَتَعْلِيلًا) يُرِيدُ بِهِ مَا رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ أَنَّهُ أَتَى بِرَجُلٍ قَدْ سَرَقَ مِنَ الْمَغْنَمِ فَدَرَأَ عَنْهُ الْحَدَّ وَقَالَ إِنَّ لَهُ فِيهِ نَصِيبًا.

وَقَالَ (وَالْحِرْزُ عَلَى تَوْعِينِ حِرْزٍ لَمَعْنَى فِيهِ كَالْبُيُوتِ وَالْدُورِ. وَحِرْزٌ بِالْحَافِظِ) قَالَ الْعَبْدُ الضَّعِيفُ: الْحِرْزُ لَا بَدَّ مِنْهُ لِأَنَّ الْإِسْتِسْرَارَ لَا يَتَحَقَّقُ دُونَهُ، ثُمَّ هُوَ قَدْ يَكُونُ بِالْمَكَانِ وَهُوَ الْمَكَانُ الْمَعْدُ لِإِحْرَازِ الْأَمْتَعَةِ كَالدُّورِ وَالْبُيُوتِ وَالصُّنْدُوقِ وَالْحَانُوتِ، وَقَدْ يَكُونُ بِالْحَافِظِ كَمَنْ جَلَسَ فِي الطَّرِيقِ أَوْ فِي الْمَسْجِدِ وَعِنْدَهُ مَتَاعُهُ فَهُوَ مُحَرَّزٌ بِهِ، وَقَدْ «قَطَعَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مَنْ سَرَقَ رِدَاءَ صَفْوَانَ مِنْ تَحْتِ رَأْسِهِ وَهُوَ نَائِمٌ فِي الْمَسْجِدِ»^(١) (وَفِي الْمُحَرَّزِ

(١) أخرجه أبو داود (٤٣٩٤)، والنسائي (٤٥٣٢)، وابن ماجه (٢٥٩٥)، وانظر نصب الراية (٥٦٤/٣).

بِالْمَكَانِ لَا يُعْتَبَرُ الْإِحْرَازُ بِالْحَافِظِ هُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّهُ مُحَرَّرٌ بِدُونِهِ وَهُوَ الْبَيْتُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ بَابٌ أَوْ كَانَ وَهُوَ مَفْتُوحٌ حَتَّى يَقْطَعَ السَّارِقُ مِنْهُ، لَأَنَّ الْبِنَاءَ لِقَصْدِ الْإِحْرَازِ إِلَّا أَنَّهُ لَا يَجِبُ الْقَطْعُ إِلَّا بِالْإِخْرَاجِ مِنْهُ لِقِيَامِ يَدِهِ فِيهِ قَبْلَهُ. بِخِلَافِ الْمَحْرُزِ بِالْحَافِظِ حَيْثُ يَجِبُ الْقَطْعُ فِيهِ، كَمَا أَخَذَ لِرِوَالِ يَدِ الْمَالِكِ بِمُجَرَّدِ الْأَخْذِ فَتَتِمُّ السَّرِقَةُ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْحَافِظُ مُسْتَيْقِظًا أَوْ نَائِمًا وَالْمَتَاعُ تَحْتَهُ أَوْ عِنْدَهُ هُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّهُ لَمْ يَعُدَّ النَّائِمُ عِنْدَ مَتَاعِهِ حَافِظًا لَهُ فِي الْعَادَةِ. وَعَلَى هَذَا لَا يَضْمَنُ الْمَوْدِعُ وَالْمُسْتَعِيرُ بِمِثْلِهِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِتَضْيِيعٍ، بِخِلَافِ مَا اخْتَارَهُ فِي الْفَتَاوَى.

الشرح:

قَالَ (وَالْحِرْزُ عَلَى نَوْعَيْنِ) الْحِرْزُ فِي اللَّغَةِ عِبَارَةٌ عَنِ الْمَكَانِ الْحَصِينِ وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ هُوَ مَا يُرَادُ بِهِ حِفْظُ الْأَمْوَالِ. وَهُوَ عَلَى نَوْعَيْنِ (حِرْزٌ لِمَعْنَى فِيهِ) وَهُوَ إِمَّا يَكُونُ بِالْمَكَانِ الْمَعْدَّ لِحِفْظِ الْأَمْتَعَةِ وَالْأَمْوَالِ، وَيَخْتَلِفُ، ذَلِكَ بِاخْتِلَافِ الْأَمْوَالِ (كَالدُّورِ وَالْبُيُوتِ وَالصُّنْدُوقِ وَالْحَانُوتِ) وَالْحَظِيرَةِ لِلنَّعْمِ وَالْبَقَرِ (وَحِرْزٌ بِالْحَافِظِ كَمَنْ جَلَسَ فِي الطَّرِيقِ أَوْ فِي الْمَسْجِدِ وَعِنْدَهُ مَتَاعُهُ فَإِنَّهُ مُحَرَّرٌ بِهِ) وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَنْفَكُ عَنِ الْآخَرِ (وَقَدْ ثَبَتَ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَطَعَ مَنْ سَرَقَ رِذَاءَ صَفْوَانَ مِنْ تَحْتِ رَأْسِهِ وَهُوَ نَائِمٌ فِي الْمَسْجِدِ») وَهُوَ لَيْسَ بِحِرْزٍ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْصِدْ بِهِ الْإِحْرَازَ، وَإِذَا سَرَقَ مِنَ الْبَيْتِ وَلَمْ يَكُنْ لَهُ بَابٌ أَوْ لَهُ بَابٌ وَلَكِنَّهُ مَفْتُوحٌ وَصَاحِبُهُ لَيْسَ عِنْدَهُ يَقْطَعُ (فَنِي الْحِرْزِ بِالْمَكَانِ لَا يُعْتَبَرُ، الْإِحْرَازُ بِالْحَافِظِ) فَلَوْ سَرَقَ مِنْ بَيْتٍ مَاذُونٍ لَهُ بِالْدُّخُولِ فِيهِ لَكِنْ مَا لَكُهُ يَحْفَظُهُ لَا يَقْطَعُ لِأَنَّ الْمُعْتَبَرُ هُوَ الْحِرْزُ بِالْمَكَانِ.

وَقَوْلُهُ (هُوَ الصَّحِيحُ) اخْتِرَازٌ عَمَّا ذَكَرَ فِي الْعُيُونِ أَنَّهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ يَقْطَعُ فِيهِ. وَوَجْهُ الصَّحِيحِ أَنَّ الْحِرْزَ الْحَقِيقِيَّ هُوَ الْحِرْزُ بِالْمَكَانِ لِأَنَّهُ يَمْنَعُ وَصُولَ الْيَدِ إِلَى الْمَالِ وَيَكُونُ الْمَالُ مُحْتَفِيًا بِهِ، وَأَمَّا الْحِرْزُ بِالْحَافِظِ فَإِنَّهُ وَإِنْ مَنَعَ وَصُولَ الْيَدِ إِلَيْهِ لَكِنْ الْمَالُ لَا يَخْتَفِي بِهِ، ثُمَّ الْمَحْرُزُ بِالْمَكَانِ لَا يَجِبُ الْقَطْعُ بِهِتْكَه إِلَّا بِإِخْرَاجِ الْمَتَاعِ مِنْهُ لِقِيَامِ يَدِهِ قَبْلَهُ، وَالْمَحْرُزُ بِالْحَافِظِ يَجِبُ الْقَطْعُ فِيهِ إِذَا أَخَذَ الْمَالُ (لِرِوَالِ يَدِ الْمَالِكِ بِمُجَرَّدِ الْأَخْذِ فَتَتِمُّ السَّرِقَةُ) وَهَذَا أَيْضًا مِمَّا يَدُلُّكَ عَلَى أَنَّ الْحِرْزَ بِالْمَكَانِ أَقْوَى (وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْحَافِظُ مُسْتَيْقِظًا أَوْ نَائِمًا وَالْمَتَاعُ عِنْدَهُ أَوْ تَحْتَهُ) هُوَ الصَّحِيحُ (لَأَنَّ النَّائِمَ عِنْدَ مَتَاعِهِ يُعَدُّ حَافِظًا لِمَتَاعِهِ).

وَقَوْلُهُ (هُوَ الصَّحِيحُ) اخْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ بَعْضِ مَشَايِخِنَا إِنَّ صَاحِبَ الْمَتَاعِ إِمَّا

يَكُونُ مُحَرَّرًا لِمَتَاعِهِ فِي حَالِ نَوْمِهِ إِذَا جَعَلَ الْمَتَاعَ تَحْتَ رَأْسِهِ أَوْ تَحْتَ جَنْبِهِ، أَمَّا إِذَا كَانَ مَوْضُوعًا بَيْنَ يَدَيْهِ فَلَا يَكُونُ مُحَرَّرًا فِي حَالِ نَوْمِهِ، أَخَذُوا ذَلِكَ مِنْ قَوْلِهِ فِي الْأَصْلِ الْمُسَافِرُ يَنْزِلُ فِي الصَّحَرَاءِ فَيَجْمَعُ مَتَاعَهُ وَيَبِيتُ عَلَيْهِ فَسَرَقَ مِنْهُ رَجُلٌ قُطِعَ. قَالُوا: قَوْلُهُ يَبِيتُ عَلَيْهِ يُشِيرُ إِلَى أَنَّهُ إِنَّمَا يَقُطَعُ إِذَا نَامَ عَلَيْهِ، وَمَالَ إِلَى الْأَوَّلِ شَمْسُ الْأُمَّةِ. وَقَالَ (الْمُودِعُ وَالْمُسْتَعِيرُ لَا يَضْمَنَانِ بِمِثْلِ ذَلِكَ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِتَضْيِيعٍ، بِخِلَافِ مَا قَالَهُ فِي الْفَتَاوَى) يَعْنِي قَالَ فِيهَا إِنَّهُمَا يَضْمَنَانِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ، وَلَكِنْ ذَكَرَ فِي الْفَتَاوَى الظَّهْرِيَّةِ مِثْلَ مَا ذَكَرَهُ شَمْسُ الْأُمَّةِ ثُمَّ قَالَ: وَقَالُوا إِنَّمَا لَا يَجِبُ الضَّمَانُ إِذَا وَضَعَ الْوَدِيعَةَ بَيْنَ يَدَيْهِ وَنَامَ فِيمَا إِذَا نَامَ قَاعِدًا، وَأَمَّا إِذَا نَامَ مُضْطَجِعًا فَعَلَيْهِ الضَّمَانُ، وَهَذَا إِذَا كَانَ فِي الْحَضَرِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ فِي السَّفَرِ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ نَامَ قَاعِدًا أَوْ مُضْطَجِعًا، كَذَا فِي النَّهَائَةِ.

قَالَ (وَمَنْ سَرَقَ شَيْئًا مِنْ حِرْزٍ أَوْ مِنْ غَيْرِ حِرْزٍ وَصَاحِبُهُ عِنْدَهُ يَحْفَظُهُ قُطِعَ) لِأَنَّهُ سَرَقَ مَا لَا مُحَرَّرًا بِأَحَدِ الْحِرْزَيْنِ (وَلَا قُطِعَ عَلَى مَنْ سَرَقَ مَا لَا مِنْ حِمَامٍ أَوْ مِنْ بَيْتٍ أَذِنَ لِلنَّاسِ فِي دُخُولِهِ) لَوْجُودِ الْإِذْنِ عَادَةً أَوْ حَقِيقَةً فِي الدُّخُولِ فَاخْتَلَّ الْحِرْزُ وَيَدْخُلُ فِي ذَلِكَ حَوَانِيتُ الثَّجَارِ وَالْخَانَاتِ، إِلَّا إِذَا سَرَقَ مِنْهَا لَيْلًا لِأَنَّهَا بُنِيَتْ لِإِحْرَازِ الْأَمْوَالِ، وَإِنَّمَا الْإِذْنُ يَخْتَصُّ بِالنَّهَارِ (وَمَنْ سَرَقَ مِنَ الْمَسْجِدِ مَتَاعًا وَصَاحِبُهُ عِنْدَهُ قُطِعَ) لِأَنَّهُ مُحَرَّرٌ بِالْحَافِظِ لِأَنَّ الْمَسْجِدَ مَا بُنِيَ لِإِحْرَازِ الْأَمْوَالِ فَلَمْ يَكُنِ الْمَالُ مُحَرَّرًا بِالْمَكَانِ، بِخِلَافِ الْحِمَامِ وَالْبَيْتِ الَّذِي أَذِنَ لِلنَّاسِ فِي دُخُولِهِ حَيْثُ لَا يَقُطَعُ لِأَنَّهُ بُنِيَ لِلْإِحْرَازِ فَكَانَ الْمَكَانُ حِرْزًا فَلَا يُعْتَبَرُ الْإِحْرَازُ بِالْحَافِظِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا قُطِعَ عَلَى مَنْ سَرَقَ مِنْ حِمَامٍ) يَعْنِي فِي الْوَقْتِ الَّذِي أَذِنَ لِلنَّاسِ بِالْدُّخُولِ فِيهِ (أَوْ مِنْ بَيْتٍ أَذِنَ لِلنَّاسِ فِي دُخُولِهِ لَوْجُودِ الْإِذْنِ عَادَةً) يَعْنِي فِي الْحِمَامِ (أَوْ حَقِيقَةً) يَعْنِي فِي الْبَيْتِ الَّذِي أَذِنَ لِلنَّاسِ بِالْدُّخُولِ فِيهِ. وَقَوْلُهُ (وَيَدْخُلُ فِي ذَلِكَ) أَيُّ فِي قَوْلِهِ أَوْ مِنْ بَيْتٍ أَذِنَ لِلنَّاسِ فِي دُخُولِهِ. وَقَوْلُهُ (إِلَّا إِذَا سَرَقَ مِنْهَا لَيْلًا) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ وَلَا قُطِعَ. وَقَوْلُهُ (وَمَنْ سَرَقَ مِنَ الْمَسْجِدِ مَتَاعًا) ظَاهِرٌ.

(وَلَا قُطِعَ عَلَى الضَّيْفِ إِذَا سَرَقَ مِنْ أَضَافِهِ) لِأَنَّ الْبَيْتَ لَمْ يَبْقَ حِرْزًا فِي حَقِّهِ

لِكَوْنِهِ مَاذُونًا فِي دُخُولِهِ، وَلِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ أَهْلِ الدَّارِ هَيَكُونُ فِعْلُهُ خِيَانَةً لَا سَرِقَةً.
(وَمَنْ سَرَقَ سَرِقَةً فَلَمْ يُخْرِجْهَا مِنَ الدَّارِ لَمْ يَقْطَعْ لِأَنَّ الدَّارَ كُلَّهَا حِرْزٌ وَاحِدٌ فَلَا
بَدْءَ مِنَ الْإِخْرَاجِ مِنْهَا، وَلِأَنَّ الدَّارَ وَمَا فِيهَا فِي يَدِ صَاحِبِهَا مَعْنَى فَتَمَكَّنُ شُبْهَةً عَدَمِ الْأَخِذِ
فَإِنْ كَانَتْ دَارٌ فِيهَا مَقَاصِيرُ فَأَخْرِجْهَا مِنَ الْمَقْصُورَةِ إِلَى صَحْنِ الدَّارِ قُطْعًا) لِأَنَّ كُلَّ
مَقْصُورَةٍ بِاعْتِبَارِ سَاكِنِهَا حِرْزٌ عَلَى حِدَةٍ (وَإِنْ أَغَارَ إِنْسَانٌ مِنْ أَهْلِ الْمَقَاصِيرِ عَلَى
مَقْصُورَةٍ فَسَرَقَ مِنْهَا قُطْعًا) لَمَّا بَيَّنَّا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ سَرَقَ سَرِقَةً) أَيُّ مَالًا وَسَمَّى الشَّيْءَ الْمَسْرُوقَ سَرِقَةً مَجَازًا، وَمِنْهُ
قَوْلُ مُحَمَّدٍ: إِذَا كَانَتْ السَّرِقَةُ مُصْحَفًا. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ كَانَتْ فِيهَا) أَيُّ فِي الدَّارِ
(مَقَاصِيرُ) يَعْنِي حُجَرَاتٌ وَبُيُوتٌ. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ أَغَارَ إِنْسَانٌ) أَيُّ دَخَلَ بِسُرْعَةٍ. قَالَ فِي
النِّهَايَةِ نَاقِلًا عَنِ الْمُعَرَّبِ: إِنْ أَغَارَ لَفْظُ شَمْسِ الْأَيْمَةِ الْحُلَوَانِيِّ وَالضَّمَرِيِّ، وَأَمَّا لَفْظُ
مُحَمَّدٍ فَهُوَ وَإِنْ أَغَارَ إِنْسَانٌ مِنْ أَهْلِ الْمَقَاصِيرِ إِنْسَانًا عَلَى مَتَاعٍ مَنْ يَسْكُنُ مَقْصُورَةً
أُخْرَى. وَلَفْظُ شَمْسِ الْأَيْمَةِ السَّرَخْسِيِّ كَذَلِكَ، وَكَأَنَّهُ أَصَحُّ لِأَنَّ الْإِغَارَةَ فِي بَابِ
السَّرِقَةِ غَيْرُ لَاثِقَةٍ، لِأَنَّ السَّرِقَةَ أَخَذُ مَالٍ فِي خَفَاءٍ وَحِيلَةٍ فَلِذَلِكَ سَمَّى السَّارِقَ بِهِ لِأَنَّهُ
يُسَارِقُ عَيْنَ الْمَسْرُوقِ مِنْهُ، وَالْإِغَارَةُ أَخَذُ فِي الْمَجَاهِرَةِ مُكَابَرَةً وَمُعَالَبَةً.

وَقِيلَ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ بَعْضُ أَهْلِ الْمَقَاصِيرِ يَدْخُلُ عَلَى بَعْضِ آخَرٍ بِاللَّيْلِ جَهْرًا
وَمُكَابَرَةً وَمُخْتَفِيًا عَنْ أَعْيُنِ النَّاسِ، وَمِثْلُ هَذَا الْمَعْنَى لَا يَلِيقُ بِهِ إِلَّا الْإِغَارَةُ، وَإِذَا صَحَّ الْمَعْنَى
جَازَ أَنْ يَكُونَ لَفْظُ الْإِغَارَةِ مَرْوِيًّا عَنْ مُحَمَّدٍ، وَكَانَ قَوْلُ الْمُصَنِّفِ فَسَرَقَ مِنْهَا بَعْدَ قَوْلِهِ
أَغَارَ إِشَارَةً إِلَى هَاتَيْنِ الْجِهَتَيْنِ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا بَيَّنَّا) إِشَارَةً إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّ كُلَّ مَقْصُورَةٍ إلخ.

(وَإِذَا نَقَبَ اللَّصُّ الْبَيْتَ فَدَخَلَ وَآخَذَ الْمَالَ وَنَآوَلَهُ آخَرَ خَارِجَ الْبَيْتِ فَلَا قُطْعَ عَلَيْهِمَا)

لِأَنَّ الْأَوَّلَ لَمْ يُوجَدْ مِنْهُ الْإِخْرَاجُ لَاعْتِرَاضِ يَدٍ مُعْتَبَرَةٍ عَلَى الْمَالِ قَبْلَ خُرُوجِهِ. وَالثَّانِي لَمْ
يُوجَدْ مِنْهُ هَتَكَ الْحِرْزِ فَلَمْ تَتِمَّ السَّرِقَةُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِنْ
أَخْرَجَ الدَّاخِلُ يَدَهُ وَنَآوَلَهَا الْخَارِجُ فَالْقُطْعُ عَلَى الدَّاخِلِ، وَإِنْ أَدَخَلَ الْخَارِجُ يَدَهُ فَتَنَآوَلَهَا
مِنْ يَدِ الدَّاخِلِ فَعَلَيْهِمَا الْقُطْعُ. وَهِيَ بِنَاءٌ عَلَى مَسْأَلَةٍ تَأْتِي بَعْدَ هَذَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

(وَإِنْ أَلْقَاهُ فِي الطَّرِيقِ وَخَرَجَ فَآخَذَهُ قُطْعًا) وَقَالَ زُهْرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَقْطَعُ لِأَنَّ

الإلقاء غير موجب للقطع كما لو خرج ولم يأخذ، وكذا الأخذ من السكّة كما لو أخذته غيره. ولنا أن الرمي حيلة يعتادها السارق لتعذر الخروج مع المتاع، أو ليتفرغ لقتال صاحب الدار أو للفرار ولم تعترض عليه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا، فإذا خرج ولم يأخذه فهو مضيع لا سارق. قال (وكذلك إن حمّله على حمار فساقه وأخرجته) لأن سيره مضاف إليه لسوقه.

الشرح:

وقوله (وإذا نقب اللص البيت) ظاهر. وقوله (وهي بناء على مسألة تأتي بعد هذا) إشارة إلى مسألة نقب البيت (قوله وإن ألقاه في الطريق) واضح. وحاصله أن يده ثبت عليه بالأخذ ثم بالرمي إلى الطريق لم تزل يده حكما لعدم اعتراض يد أخرى على يده. وإذا بقيت يده حكما وقد تقرر ذلك بالأخذ الثاني وجب القطع (قوله ولم تعترض عليه يد معتبرة) جواب عن قوله كما لو أخذه غيره فإن هناك يدا معتبرة اعترضت عليه فأوجب سقوط اليد الحكمية للسارق فلما لم تسقط اليد الحكمية هنا لم يرد ما ذكره زفر لأنه خرج من الحرز ولا مال في يده.

وقوله (فاعتبر الكل) أي إلقاءه في الطريق ثم أخذه منه (فعلا واحدا) كما إذا أخذ المال وخرج معه من الحرز فإنه فعل واحد كذلك. هذا وقوله (فإذا خرج ولم يأخذه) جواب عن قوله كما لو خرج ولم يأخذ. وقوله (وكذا إن حمّله على حمار) ظاهر.

(وإذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الأخذ فطعوا جميعا) قال العبد الضعيف: هذا استحسان والقياس أن يقطع الحامل وحده وهو قول زفر رحمه الله؛ لأن الإخراج وجد منه فتمت السرقة به. ولنا أن الإخراج من الكل معنى للمعاونة كما في السرقة الكبرى، وهذا لأن المعتاد فيما بينهم أن يحمل البعض المتاع ويتشمر الباؤون للدفع، فلو امتنع القطع لأدى إلى سد باب الحد.

الشرح:

قال (وإذا دخل الحرز جماعة) كلامه واضح. وإلما وضع المسألة في دخول جميعهم لأنهم إذا اشتروكوا وأففقوا على فعل السرقة لكن دخل واحد منهم البيت وأخرج المتاع ولم يدخل غيره فآلقطع على من دخل البيت وأخرج المتاع إن عرف

بِعَيْنِهِ، وَإِنْ لَمْ يُعْرِفْ فَعَلَيْهِمُ التَّعْزِيرُ، وَلَا يُقَطَّعُ وَاحِدٌ مِنْهُمْ، وَإِنْ كَانَ غَيْرُ الدَّاخلِ يُعِينُ الدَّاخلِ. وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّهُمْ لَمَّا لَمْ يَدْخُلُوا الْبَيْتَ لَمْ يَتَأَكَّدْ مُعَاوَنَتُهُمْ بِهَتْكَ الْحَرَزِ بِالدُّخُولِ فَلَمْ يُعْتَبَرِ اشْتِرَاكُهُمْ لَمَّا أَنَّ كَمَالَ هَتْكَ الْحَرَزِ إِنَّمَا يَكُونُ بِالدُّخُولِ وَقَدْ وَجَدَ فِي مَسْأَلَةِ الْكِتَابِ فَاعْتَبَرِ اشْتِرَاكُهُمْ، قَالُوا: هَذَا إِذَا كَانَ الْآخِذُ الْحَامِلُ مِمَّنْ يَجِبُ عَلَيْهِ الْقَطْعُ عِنْدَ الْإِنْفِرَادِ بِأَنْ كَانَ عَاقِلًا بِالْعَا، وَأَمَّا إِذَا كَانَ الْآخِذُ الْحَامِلُ صَبِيًّا أَوْ مَجْنُونًا فَلَا يُقَطَّعُ وَاحِدٌ مِنْهُمْ لِأَنَّ غَيْرَ الْحَامِلِ فِي هَذَا الْفِعْلِ تَبَعٌ لِلْآخِذِ الْحَامِلِ، فَإِذَا لَمْ يَجِبِ الْقَطْعُ عَلَى مَنْ هُوَ أَصْلٌ لَا يَجِبُ عَلَى مَنْ هُوَ تَبَعٌ وَإِنْ كَانَ الَّذِي تَوَلَّى الْحَمْلَ وَالْإِخْرَاجَ كَبِيرًا لَكِنْ فِيهِمْ صَبِيٌّ أَوْ مَجْنُونٌ فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، لِأَنَّ الْفِعْلَ مِنَ الْكُلِّ وَاحِدٌ وَقَدْ تَمَكَّنَتْ الشُّبُهَةُ فِي فِعْلِ بَعْضِهِمْ فَلَا يَجِبُ عَلَى الْبَاقِينَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَجِبُ الْقَطْعُ إِلَّا عَلَى الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ.

قَالَ (وَمَنْ نَقَبَ الْبَيْتَ وَأَدْخَلَ يَدَهُ فِيهِ وَأَخَذَ شَيْئًا لَمْ يَقَطَّعْ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ فِي الْإِمْلَاءِ أَنَّهُ يَقَطَّعُ لِأَنَّهُ أَخْرَجَ الْمَالَ مِنَ الْحَرَزِ وَهُوَ الْمَقْصُودُ فَلَا يُشْتَرَطُ الدُّخُولُ فِيهِ، كَمَا إِذَا أَدْخَلَ يَدَهُ فِي صُنْدُوقِ الصَّيْرِفِيِّ فَأَخْرَجَ الْغَطْرِيفِيَّ. وَلَنَا أَنَّ هَتْكَ الْحَرَزِ يُشْتَرَطُ فِيهِ الْكَمَالُ تَحَرُّزًا عَنْ شُبُهَةِ الْعَدَمِ وَالْكَمَالِ فِي الدُّخُولِ، وَقَدْ أَمَكَّنَ اعْتِبَارُهُ وَالِدُّخُولُ هُوَ الْمُعْتَادُ. بِخِلَافِ الصُّنْدُوقِ لِأَنَّ الْمُمْكِنَ فِيهِ إِدْخَالَ الْيَدِ دُونَ الدُّخُولِ، وَبِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ مِنْ حَمْلِ الْبَعْضِ الْمَتَاعَ لِأَنَّ ذَلِكَ هُوَ الْمُعْتَادُ.

قَالَ (وَإِنْ طَرَّ صُرَّةٌ خَارِجَةً مِنَ الْكُمِّ لَمْ يَقَطَّعْ، وَإِنْ أَدْخَلَ يَدَهُ فِي الْكُمِّ يَقَطَّعُ) لِأَنَّ فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ الرِّبَاطَ مِنْ خَارِجٍ، فَبِالطَّرِّ يَتَحَقَّقُ الْأَخْذُ مِنَ الظَّاهِرِ فَلَا يُوْجَدُ هَتْكَ الْحَرَزِ. وَفِي الثَّانِي الرِّبَاطَ مِنْ دَاخِلٍ، فَبِالطَّرِّ يَتَحَقَّقُ الْأَخْذُ مِنَ الْحَرَزِ وَهُوَ الْكُمُّ، وَلَوْ كَانَ مَكَانَ الطَّرِّ حُلُّ الرِّبَاطِ، ثُمَّ الْأَخْذُ فِي الْوَجْهَيْنِ يَنْعَكِسُ الْجَوَابُ لِانْعِكَاسِ الْعِلَّةِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يَقَطَّعُ عَلَى كُلِّ حَالٍ لِأَنَّهُ مُحَرَّرٌ إِمَّا بِالْكُمِّ أَوْ بِصَاحِبِهِ. فَلَنَا: الْحَرَزُ هُوَ الْكُمُّ لِأَنَّهُ يَعْتَمِدُهُ، وَإِنَّمَا قَصْدُهُ قَطْعُ الْمَسَافَةِ أَوْ الْإِسْتِرَاحَةِ فَأَشْبَهَ الْجَوَالِقَ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَمَنْ نَقَبَ الْبَيْتَ) وَاضِحٌ. وَالْغَطْرِيفِيُّ هُوَ الدَّرْهَمُ الْمَنْسُوبُ إِلَى غَطْرِيفِ بْنِ عَطَاءِ الْكِنْدِيِّ أَمِيرِ خُرَاسَانَ أَيَّامَ الرَّشِيدِ، وَالدَّرَاهِمُ الْغَطْرِيفِيَّةُ كَانَتْ مِنْ أَعَزِّ الثُّقُودِ

بِخَارَى كَذَا فِي الْمَرْبِ. وَيُؤَيِّدُ وَجْهَ ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ مَا رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ أَنَّهُ قَالَ: اللَّصُّ إِذَا كَانَ ظَرِيفًا لَا يَقْطَعُ، قِيلَ: وَكَيْفَ ذَلِكَ؟ قَالَ: أَنْ يَنْقُبَ الْبَيْتَ وَيَدْخُلَ يَدَهُ وَيُخْرِجَ الْمَتَاعَ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَدْخُلَ. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الصُّنْدُوقِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ كَمَا إِذَا أَدْخَلَ يَدَهُ فِي صُنْدُوقِ الصَّيْرِفِيِّ.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ الْكَمَالُ فِي هَتَكِ الْحِرْزِ شَرْطًا تَحَرُّزًا عَنْ شُبْهَةِ الْعَدَمِ لَمَا وَجَبَ الْقَطْعُ فِيمَا تَقَدَّمَ مِنْ حَمَلِ بَعْضِ الْقَوْمِ الْمَتَاعَ دُونَ بَعْضٍ لِأَنَّ فِيهِ شُبْهَةَ الْعَدَمِ. أَجَابَ بِأَنَّ ذَلِكَ هُوَ الْمُعْتَادُ (وَإِنْ طَرَّ صُرَّةٌ) الطَّرَارُ هُوَ الَّذِي يَطْرُقُ الْهَمِيَانُ: أَيُّ يَشْقُهَا وَيَقْطَعُهَا، وَالصُّرَّةُ وَعَاءُ الدَّرَاهِمِ، يُقَالُ صَرَرْتُ الصُّرَّةَ: أَيُّ شَدَدْتُهَا، وَالْمَرَادُ بِالصُّرَّةِ هُنَا نَفْسُ الْكُمِّ الْمَشْدُودِ فِيهِ الدَّرَاهِمُ.

وَفِي هَذَا التَّفْصِيلِ الْمَذْكُورِ فِي الْكِتَابِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الْمَذْكُورَ فِي أَصُولِ الْفِقْهِ بِأَنَّ الطَّرَارَ يَقْطَعُ لَيْسَ بِمُجَرَّى عَلَى عُمُومِهِ بَلْ هُوَ مَحْمُولٌ عَلَى الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ، وَهِيَ مَا إِذَا أَدْخَلَ يَدَهُ فِي الْكُمِّ فَطَرَّهَا (قَوْلُهُ فَلَا يُوجَدُ هَتَكُ الْحِرْزِ) يَعْنِي إِدْخَالَ الْيَدِ فِي الْكُمِّ وَإِخْرَاجَ الدَّرَاهِمِ مِنْهُ. وَقَوْلُهُ (فِي الْوَجْهَيْنِ) أَيُّ مِنَ الْخَارِجِ وَالْدَّاخِلِ. وَقَوْلُهُ (يَنْعَكِسُ الْجَوَابُ) يَعْنِي فِيمَا إِذَا كَانَ حَلُّ الرِّبَاطِ خَارِجَ الْكُمِّ يَجِبُ الْقَطْعُ، لِأَنَّهُ لَمَّا حُلَّ الرِّبَاطُ الَّذِي كَانَ خَارِجَ الْكُمِّ وَقَعَتْ الدَّرَاهِمُ فِي الْكُمِّ فَاحْتِجَاجٌ فِي أَخْذِ الدَّرَاهِمِ إِلَى إِدْخَالِ الْيَدِ فِي الْكُمِّ، فَلَمَّا أَخْرَجَ الدَّرَاهِمَ مِنَ الْكُمِّ فَقَدْ هَتَكَ الْحِرْزَ.

بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ حَلُّ الرِّبَاطِ فِي دَاخِلِ الْكُمِّ فَإِنَّهُ لَا يَقْطَعُ، لِأَنَّهُ لَمَّا حُلَّ الرِّبَاطُ فِي دَاخِلِ الْكُمِّ بَقِيَتْ الدَّرَاهِمُ خَارِجَ الْكُمِّ ظَاهِرَةً مَحْلُولَةً، فَكَانَ الْأَخْذُ مِنْ خَارِجِ الْكُمِّ فَلَمْ يَقْطَعْ لِأَنَّهُ لَمْ يَهْتِكِ الْحِرْزَ فِي أَخْذِ الْمَالِ، لِأَنَّهُ وَإِنْ أَدْخَلَ الْيَدَ فِي الْكُمِّ إِلَّا أَنَّهُ أَدْخَلَهَا لِحَلِّ الرِّبَاطِ لَا لِأَخْذِ الْمَالِ مِنَ الْكُمِّ، وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِهِ يَنْعَكِسُ الْجَوَابُ لَانْعِكَاسِ الْعِلَّةِ.

وَقَوْلُهُ (لِأَنَّهُ يَعْتمِدُهُ) أَيُّ لِأَنَّ صَاحِبَ الْكُمِّ يَعْتمِدُ الْكُمَّ فِي حِفْظِ الْمَالِ لَا قِيَامَ نَفْسِهِ عِنْدَ الْمَالِ؛ لِأَنَّ قَصْدَ صَاحِبِ الْكُمِّ مِنْ وُجُودِهِ عِنْدَ الْمَالِ لَا يَحُلُو مِنْ أَحَدِ أَمْرَيْنِ: قَطْعِ الْمَسَافَةِ، أَوْ الْاسْتِرَاحَةِ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ فِي حَالَةِ الْمَشْيِ أَوْ فِي غَيْرِ حَالَتِهِ، فَفِي الْأَوَّلِ قَصْدُهُ قَطْعَ الْمَسَافَةِ لَا حِفْظَ الْمَالِ، وَفِي الثَّانِي قَصْدُهُ الْاسْتِرَاحَةَ، وَالْمَقْصُودُ هُوَ الْمُعْتَبَرُ فِي هَذَا الْبَابِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ شَقَّ الْجُوالِقَ الَّذِي عَلَى إِبِلٍ تَسِيرُ وَأَخَذَ

الدَّرَاهِمَ مِنْهُ يُقَطَّعُ لِأَنَّ صَاحِبَ الْمَالِ اعْتَمَدَ الْجَوَالِقَ حِرْزًا لَهَا فَكَانَ سَارِقُ الدَّرَاهِمِ مِنَ الْجَوَالِقِ هَاتِكًا لِلحِرْزِ فَيُقَطَّعُ. وَمَنْ سَرَقَ الْجَوَالِقَ بِمَا فِيهِ وَالْجَوَالِقُ عَلَى إِبْلِ تَسِيرُ لَا يُقَطَّعُ لِأَنَّ السَّائِقَ وَالْقَائِدَ إِنَّمَا يَقْصِدُ بِنَعْلِهِ قَطْعَ الْمَسَافَةِ وَالسَّوْقَ لَا الْحِفْظَ فَلَمْ يَصِرْ الْجَوَالِقُ مُحَرَّرًا بِهِ مَقْصُودًا عَلَى مَا هُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ.

(وَأِنْ سَرَقَ مِنَ الْقِطَارِ بَعِيرًا أَوْ حِمْلًا لَمْ يُقَطَّعْ) لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُحَرَّرٍ مَقْصُودًا فَتَمَكَّنَ شُبْهَةُ الْعَدَمِ، وَهَذَا لِأَنَّ السَّائِقَ وَالْقَائِدَ وَالرَّاكِبَ يَقْصِدُونَ قَطْعَ الْمَسَافَةِ وَنَقْلَ الْأَمْتَةِ دُونَ الْحِفْظِ. حَتَّى لَوْ كَانَ مَعَ الْأَحْمَالِ مَنْ يَتَّبِعُهَا لِلْحِفْظِ قَالُوا يُقَطَّعُ (وَأِنْ شَقَّ الْحِمْلَ وَأَخَذَ مِنْهُ قُطْعًا) لِأَنَّ الْجَوَالِقَ فِي مِثْلِ هَذَا حِرْزٌ لِأَنَّهُ يَقْصِدُ بَوَضْعِ الْأَمْتَةِ فِيهِ صَيَانَتَهَا كَالْكَلْبِ فَوُجِدَ الْأَخْذُ مِنَ الْحِرْزِ فَيُقَطَّعُ (وَأِنْ سَرَقَ جَوَالِقًا فِيهِ مَتَاعٌ وَصَاحِبُهُ يَحْفَظُهُ أَوْ نَائِمٌ عَلَيْهِ قُطْعًا) وَمَعْنَاهُ إِنْ كَانَ الْجَوَالِقُ فِي مَوْضِعٍ هُوَ لَيْسَ بِحِرْزٍ كَالطَّرِيقِ وَنَحْوِهِ حَتَّى يَكُونَ مُحَرَّرًا بِصَاحِبِهِ لِكَوْنِهِ مُتَرَصِّدًا لِحِفْظِهِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْمُعْتَبَرَ هُوَ الْحِفْظُ الْمُعْتَادُ وَالْجُلُوسُ عِنْدَهُ وَالتَّوْمُ عَلَيْهِ يُعَدُّ حِفْظًا عَادَةً وَكَذَا النَّوْمُ بِقُرْبٍ مِنْهُ عَلَى مَا اخْتَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ. وَذَكَرَ فِي بَعْضِ النُّسخِ، وَصَاحِبُهُ نَائِمٌ عَلَيْهِ أَوْ حَيْثُ يَكُونُ حَافِظًا لَهُ، وَهَذَا يُؤَكِّدُ مَا قَدْ مَنَاهُ مِنَ الْقَوْلِ الْمُخْتَارِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَأِنْ سَرَقَ مِنَ الْقِطَارِ بَعِيرًا) الْقِطَارُ: الْإِبِلُ تُقَطَّرُ عَلَى نَسَقٍ وَاحِدٍ وَالْجَمْعُ قَطَرٌ، وَمِنْهُ تَقَاطَرُ الْقَوْمِ إِذَا جَاءُوا أَوْ سَالُوا. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا يُؤَكِّدُ مَا قَدْ مَنَاهُ مِنَ الْقَوْلِ الْمُخْتَارِ) يُرِيدُ قَوْلَهُ وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْحَافِظُ مُسْتَيْقِظًا إِلَى قَوْلِهِ وَهُوَ الصَّحِيحُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

فصل في كيفية القطع وإثباته

قَالَ (وَيُقَطَّعُ يَمِينُ السَّارِقِ مِنَ الزَّنْدِ وَيُحَسَمُ) فَالْقَطْعُ لَمَّا تَلَوْنَاهُ مِنْ قَبْلُ، وَالْيَمِينُ بِقِرَاءَةِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ رضي الله عنه وَمِنْ الزَّنْدِ لِأَنَّ الْأَسْمَ يَتَنَاولُ الْبَيْدَ إِلَى الْإِبْطِ، وَهَذَا الْمَقْصِدُ: أَعْنِي الرُّسْغَ مُتَيَقِّنٌ بِهِ، كَيْفَ وَقَدْ صَحَّ أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَمَرَ بِقَطْعِ يَدِ السَّارِقِ مِنَ الزَّنْدِ ^(١)، وَالْحَسَمُ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «فَاقْطَعُوهُ وَأَحْسِمُوهُ» ^(٢)،

(١) أخرجه الدارقطني في السنن (٢٠٤/٣)، وانظر نصب الراية (٥٦٧/٣).

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرک (٣٨١/٤)، وانظر نصب الراية (٥٦٨/٣).

وَلَأَنَّهُ لَوْ لَمْ يُحْسَمْ يُفْضَى إِلَى التَّلَفِ وَالْحَدُّ زَاجِرٌ لَا مُتْلَفٌ (فَإِنْ سَرَقَ ثَانِيًا قُطِعَتْ رِجْلُهُ الْيُسْرَى، فَإِنْ سَرَقَ ثَالِثًا لَمْ يُقْطَعْ وَخُلِدَ فِي السِّجْنِ حَتَّى يَتُوبَ) وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ وَيُعْزَرُ أَيْضًا، ذَكَرَهُ الْمَشَايِخُ رَحِمَهُمُ اللَّهُ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: فِي الثَّالِثَةِ تُقْطَعُ يَدُهُ الْيُسْرَى، وَفِي الرَّابِعَةِ تُقْطَعُ رِجْلُهُ الْيُمْنَى لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ سَرَقَ فَاقْطَعُوهُ، فَإِنْ عَادَ فَاقْطَعُوهُ، فَإِنْ عَادَ فَاقْطَعُوهُ» ^(١) وَيُرْوَى مُفْسِّرًا كَمَا هُوَ مَذْهَبُهُ، وَلَأَنَّ الثَّالِثَةَ مِثْلُ الْأُولَى فِي كَوْنِهَا جِنَايَةً بَلْ فَوْقَهَا فَتَكُونُ أَدْعَى إِلَى شَرْعِ الْحَدِّ. وَلَنَا قَوْلُ عَلِيٍّ عليه السلام فِيهِ: إِنِّي لَأَسْتَحْيِي مِنَ اللَّهِ تَعَالَى أَنْ لَا أَدَعَ لَهُ يَدًا يَأْكُلُ بِهَا وَيَسْتَنْجِي بِهَا وَرِجْلًا يَمْشِي عَلَيْهَا، وَبِهَذَا حَاجٌ بَقِيَّةُ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ فَحَجَّهْمُ فَانْعَقَدَ إجماعًا، وَلَأَنَّهُ إِهْلَاكٌ مَعْنَى لَمَّا فِيهِ مِنْ تَقْوِيَتِ جِنْسِ الْمَنْفَعَةِ وَالْحَدُّ زَاجِرٌ، وَلَأَنَّهُ نَادِرُ الْوُجُودِ وَالزَّجْرُ فِيمَا يَغْلِبُ وَقُوْعُهُ بِخِلَافِ الْقِصَاصِ لَأَنَّهُ حَقُّ الْعَبْدِ فَيُسْتَوْفَى مَا أَمَكَنَ جَبْرًا لِحَقِّهِ. وَالْحَدِيثُ طَعَنَ فِيهِ الطُّحَاوِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَوْ نَحْمِلُهُ عَلَى السِّيَاسَةِ

الشرح:

(فَصَلُّ فِي كَيْفِيَّةِ الْقَطْعِ وَإِتْبَاتِهِ): لَمَّا ذَكَرَ وَجُوبَ قَطْعِ الْيَدِ لَمْ يَكُنْ بُدٌّ مِنْ بَيَانِ كَيْفِيَّتِهِ وَهَذَا الْفَصْلُ فِي بَيَانِهِ. الزَّنْدُ مَفْصِلُ طَرَفِ الذَّرَاعِ مِنَ الْكَفِّ. وَالْحَسْمُ مِنْ حَسَمَ الْعِرْقَ: كَوَاهُ بِحَدِيدَةٍ مُحْمَاةٍ لِفَلَا يَسِيلَ دَمُهُ (فَالْقَطْعُ لَمَّا تَلَوَّنَاهُ) يَعْنِي قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨] الْآيَةِ (وَالْيَمِينُ بِقِرَاءَةِ ابْنِ مَسْعُودٍ) فَاقْطَعُوا أَيْمَانَهُمَا وَهِيَ مَشْهُورَةٌ جَازَتْ الزِّيَادَةُ بِهَا عَلَى الْكِتَابِ وَقَدْ عُرِفَ فِي الْأَصُولِ (وَمِنْ الزَّنْدِ لِأَنَّ الْأَسْمَ يَتَنَاوَلُ الْيَدَ إِلَى الْإِبْطِ، وَهَذَا الْمَفْصِلُ: أَعْنِي الرُّسْعَ مُتَيَقِّنٌ بِهِ) مِنْ حَيْثُ الْقَطْعُ وَالْمَقْطُوعُ لِكَوْنِهِ أَقْلُ، فَقَوْلُنَا مِنْ حَيْثُ الْقَطْعُ احْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ بَعْضِ النَّاسِ إِنَّ الْمُسْتَحَقَّ قَطْعُ الْأَصَابِعِ فَقَطْ لَأَنَّ بَطْشَهُ كَانَ بِالْأَصَابِعِ فَتُقْطَعُ أَصَابِعُهُ لِيَزُولَ تَمَكُّنُهُ مِنَ الْبَطْشِ بِهَا؛ لَأَنَّ فِيهِ قِطْعًا مُكْرَّرًا، وَفِيمَا قُلْنَا قَطْعٌ وَاحِدٌ عَلَى أَنَّهُ مُخَالَفٌ لِلنَّصِّ لَأَنَّ الْمَذْكُورَ فِيهِ الْيَدُ، وَقَوْلُنَا مِنْ حَيْثُ الْمَقْطُوعُ احْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ الْخَوَارِجِ تُقْطَعُ يَمِينُ السَّارِقِ مِنَ الْمُنْكَبِ لَأَنَّ الْيَدَ اسْمٌ لِلجَّارِحَةِ مِنْ رُعُوسِ الْأَصَابِعِ إِلَى الْإِبْطِ لَأَنَّ فِيهِ تَكْثِيرًا لِلْمَقْطُوعِ. وَقَوْلُهُ (كَيْفَ وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ بِقَطْعِ السَّارِقِ مِنْ

(١) أخرجه أبو داود (٤٤١٠)، وانظر نصب الراية (٥٦٩/٣).

الرَّزْدِ وَالْحَسَمِ» رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَتَى بِسَارِقٍ فَقَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ هَذَا سَرَقَ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: مَا إِخَالُهُ سَرَقَ. فَقَالَ السَّارِقُ: بَلَى يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَقَالَ: اذْهَبُوا بِهِ فَاقْطَعُوهُ. ثُمَّ احْسِمُوهُ» الْحَدِيثُ. وَقَوْلُهُ (وَلَائَهُ لَوْ لَمْ يُحْسَمِ) ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ (وَوُخِّلَ فِي السَّجْنِ حَتَّى يَتُوبَ) حَاصِلُهُ أَنَّ السَّارِقَ لَا يُؤْتَى عَلَى أَطْرَافِهِ الْأَرْبَعَةِ بِالْقَطْعِ؛ وَإِنَّمَا يُقَطَّعُ يَمِينُهُ أَوَّلَ سَرِقَةٍ. وَرَجُلُهُ الْيُسْرَى ثَانِيهَا، ثُمَّ يُعْزَرُ بَعْدَ ذَلِكَ وَيُحْبَسُ عِنْدَنَا. وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ بَعْدَ الرَّابِعَةِ يُحْبَسُ. وَعِنْدَ أَصْحَابِ الظَّوَاهِرِ فِي الْمَرَّةِ الْخَامِسَةِ يُقْتَلُ. وَقَوْلُهُ (وَيُرَوَّى مُفْسَّرًا كَمَا هُوَ مَذْهَبُهُ هُوَ فِي حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «فِي الْمَرَّةِ الْأُولَى تُقَطَّعُ يَدُهُ الْيُمْنَى. وَفِي الثَّانِيَةِ الرَّجُلُ الْيُسْرَى، وَفِي الثَّلَاثَةِ الْيَدُ الْيُسْرَى، وَفِي الرَّابِعَةِ الرَّجُلُ الْيُمْنَى» (قَوْلُهُ وَلَأَنَّ الثَّلَاثَةَ) ظَاهِرٌ.

قَوْلُهُ (فَحَجَّهْمُ) أَيِ عَلَيْهِمُ فِي الْحُجَّةِ، يُقَالُ حَاجَهُ فَحَجَّه: أَيِ نَاطَرَهُ فِي الْحُجَّةِ فَعَلَبَهُ بِهَا (وَقَوْلُهُ بِخِلَافِ الْقِصَاصِ) جَوَابُ سُؤَالِ تَقْدِيرِهِ: لَوْ قَطَّعَ رَجُلٌ أَرْبَعَةَ أَطْرَافٍ أَقْتَصَّ مِنْهُ بِالْإِجْمَاعِ، وَجَمِيعُ مَا ذَكَرْتُمْ مِنَ الْمَحْظُورَاتِ هُنَاكَ مَوْجُودٌ لِأَنَّهُ لَا يَبْقَى لَهُ يَدٌ يَأْكُلُ بِهَا وَيَسْتَنْجِي بِهَا وَرَجُلٌ يَمْشِي عَلَيْهَا. وَفِيهِ تَفْوِيتُ جِنْسِ الْمَنْفَعَةِ وَنَادِرُ الْوُجُودِ.

وَتَقْرِيرُ الْجَوَابِ أَنَّ الْقِصَاصَ حَقُّ الْعِبَادِ، وَحَقُّ الْعَبْدِ يُرَاعَى فِيهِ الْمُمَالَّةُ بِالنَّصِّ (وَالْحَدِيثُ) الَّذِي رَوَاهُ الشَّافِعِيُّ دَلِيلًا عَلَى دَعْوَاهُ هَذِهِ (طَعَنَ فِيهِ الطَّحَاوِيُّ) قَالَ: تَبَعْنَا هَذِهِ الْأَثَارَ فَلَمْ نَجِدْ لَشَيْءٍ مِنْهَا أَصْلًا أَشَارَ بِهَا إِلَى مَا رَوَاهُ الشَّافِعِيُّ وَقَالَ أَبُو نَصْرِ الْبُخْدَادِيُّ: قَالَ الطَّحَاوِيُّ: إِنَّهُ حَدِيثٌ لَا أَصْلَ لَهُ، لِأَنَّ كُلَّ مَنْ لَقِينَاهُ مِنْ حُفَاطِ الْحَدِيثِ يُنْكِرُونَهُ وَيَقُولُونَ: لَمْ نَجِدْ لَهُ أَصْلًا (أَوْ نَحْمِلُهُ عَلَى السِّيَاسَةِ) بِدَلِيلِ مَا وَرَدَ فِي ذَلِكَ الْحَدِيثِ مِنَ الْأَمْرِ بِالْقَتْلِ فِي الْمَرَّةِ الْخَامِسَةِ.

(وَإِذَا كَانَ السَّارِقُ أَشَلَّ الْيَدِ الْيُسْرَى أَوْ أَقَطَّعَ أَوْ مَقْطُوعَ الرَّجُلِ الْيُمْنَى لَمْ يُقَطَّعْ) لِأَنَّ فِيهِ تَفْوِيتَ جِنْسِ الْمَنْفَعَةِ بَطْشًا أَوْ مَشْيًا، وَكَذَا إِذَا كَانَتْ رِجْلُهُ الْيُمْنَى شَلَاءَ لَمَّا قُلْنَا (وَكَذَا إِذَا كَانَتْ إِبْهَامُهُ الْيُسْرَى مَقْطُوعَةً أَوْ شَلَاءَ أَوْ الْأَصْبُعَانِ مِنْهَا سِوَى الْإِبْهَامِ) لِأَنَّ قِيَامَ الْبَطْشِ بِالْإِبْهَامِ (فَإِنْ كَانَتْ أَصْبُعٌ وَاحِدَةٌ سِوَى الْإِبْهَامِ مَقْطُوعَةً أَوْ شَلَاءَ قُطِّعَ) لِأَنَّ قِيَامَ الْوَاحِدَةِ لَا يُوجِبُ خِلَافَ ظَاهِرًا فِي الْبَطْشِ، بِخِلَافِ قِيَامِ الْأَصْبُعَيْنِ لِأَنَّهُمَا يَتَنَزَّلَانِ مَنْزِلَةَ الْإِبْهَامِ فِي نَقْصَانِ الْبَطْشِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ فِيهِ تَفْوِيتَ جِنْسِ الْمَنْفَعَةِ بَطْشًا) يَعْنِي إِنْ كَانَتْ يَدُهُ الْيُسْرَى مُؤَفَّةً (أَوْ مَشْيًا) إِنْ كَانَتْ رِجْلُهُ الْيُمْنَى كَذَلِكَ وَبَاقِي كَلَامِهِ ظَاهِرٌ.

قَالَ (وَإِذَا قَالَ الْحَاكِمُ لِلْحَدَّادِ اقْطَعْ يَمِينَهُ هَذَا فِي سَرِقَتِهِ سَرَقَهَا فَقَطَّعَ يَسَارَهُ عَمْدًا أَوْ خَطَأً فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى، وَقَالَا لَا شَيْءَ عَلَيْهِ فِي الْخَطَا وَيُضْمَنُ فِي الْعَمْدِ) وَقَالَ زُهْرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَضْمَنُ فِي الْخَطَا أَيْضًا وَهُوَ الْقِيَّاسُ، وَالْمُرَادُ بِالْخَطَا هُوَ الْخَطَا فِي الاجْتِهَادِ، وَأَمَّا الْخَطَا فِي مَعْرِفَةِ الْيَمِينِ وَالْيَسَارِ لَا يُجْعَلُ عَفْوًا. وَقِيلَ يُجْعَلُ عُذْرًا أَيْضًا. لَهُ أَنَّهُ قَطَّعَ يَدًا مَعْصُومَةً وَالْخَطَا فِي حَقِّ الْعِبَادِ غَيْرُ مَوْضُوعٍ فَيُضْمَنُ. قُلْنَا إِنَّهُ أَخْطَأَ فِي اجْتِهَادِهِ، إِذْ لَيْسَ فِي النَّصِّ تَعْيِينُ الْيَمِينِ، وَالْخَطَا فِي الاجْتِهَادِ مَوْضُوعٌ. وَلَهُمَا أَنَّهُ قَطَّعَ طَرَفًا مَعْصُومًا بِغَيْرِ حَقٍّ وَلَا تَأْوِيلٍ لِأَنَّهُ تَعَمَّدَ الظُّلْمَ فَلَا يُعْفَى وَإِنْ كَانَ فِي الْمُجْتَهِدَاتِ، وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَجِبَ الْقِصَاصُ إِلَّا أَنَّهُ امْتَنَعَ لِلشُّبْهَةِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ أَتْلَفَ وَأَخْلَفَ مِنْ جِنْسِهِ مَا هُوَ خَيْرٌ مِنْهُ فَلَا يُعَدُّ إِتْلَافًا كَمَنْ شَهِدَ عَلَى غَيْرِهِ بِبَيْعِ مَالِهِ بِمِثْلِ قِيمَتِهِ ثُمَّ رَجَعَ، وَعَلَى هَذَا لَوْ قَطَّعَهُ غَيْرَ الْحَدَّادِ لَا يَضْمَنُ أَيْضًا هُوَ الصَّحِيحُ. وَلَوْ أَخْرَجَ السَّارِقُ يَسَارَهُ وَقَالَ هَذِهِ يَمِينِي لَا يَضْمَنُ بِالِاتِّفَاقِ لِأَنَّهُ قَطَّعَهُ بِأَمْرِهِ. ثُمَّ فِي الْعَمْدِ عِنْدَهُ عَلَيْهِ ضَمَانُ الْمَالِ لِأَنَّهُ لَمْ يَقَعْ حَدًّا. وَفِي الْخَطَا كَذَلِكَ عَلَى هَذِهِ الطَّرِيقَةِ، وَعَلَى طَرِيقَةِ الاجْتِهَادِ لَا يَضْمَنُ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا قَالَ الْحَاكِمُ لِلْحَدَّادِ اقْطَعْ يَمِينَهُ هَذَا السَّارِقِ) الْحَدَّادُ هُوَ الَّذِي يُقِيمُ الْحَدَّ فَعَالٌ مِنْهُ كَالْجَلَادِ مِنَ الْجَلْدِ، وَإِنَّمَا قِيدَ بِقَوْلِهِ يَمِينَهُ هَذَا لِأَنَّهُ إِذَا قَالَ اقْطَعْ يَدَهُ مُطْلَقًا فَقَطَّعَ الْحَدَّادُ يَدَهُ الْيُسْرَى فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ بِالِاتِّفَاقِ لِأَنَّهُ فَعَلَ مَا أَمَرَهُ بِهِ. فَإِنَّهُ أَمَرَهُ بِقَطْعِ الْيَدِ وَالْيُسْرَى يَدٌ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، وَلَمْ يَذْكُرْ حُكْمَ مَا إِذَا قَطَّعَ الْيَمِينَ بَعْدَ الْقَضَاءِ قَبْلَ أَنْ يَقُولَ لَهُ اقْطَعْ. وَقَالَ فِي الْمَبْسُوطِ: لَا شَيْءَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ قِيمَةَ الْيَدِ قَدْ سَقَطَتْ بِقَضَاءِ الْإِمَامِ عَلَيْهِ بِالْقَطْعِ. فَالْقَاطِعُ اسْتَوْفَى يَدًا لَا قِيمَةَ لَهَا فَلَمْ يَكُنْ ضَامِنًا، لَكِنْ أَذْبَهُ الْإِمَامُ لِأَنَّهُ أَسَاءَ الْأَدَبَ حِينَ قَطَّعَهُ قَبْلَ أَنْ يَأْمُرَهُ الْإِمَامُ بِهِ وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (بِغَيْرِ حَقٍّ) دَلِيلُهُ أَنَّ الْحَقَّ فِي الْيَمِينِ فِي السَّرِقَةِ وَهُوَ أَيْضًا لَمْ يَقْطَعْ يَسَارَ

أَحَدٌ لِيَكُونَ حَقُّ الْقَطْعِ الْيَسَارَ قِصَاصًا (وَلَا تَأْوِيلَ) حَيْثُ لَمْ يُخْطِئْ لِأَنَّ الْكَلَامَ فِيمَا إِذَا تَعَمَّدَ فِي قَطْعِ الْيَسَارِ (فَلَا يُغْفَى) كَمَا لَوْ قَطَعَ رَجُلُهُ أَوْ أَنْفُهُ (وَإِنْ كَانَ فِي الْمُجْتَهِدَاتِ) لِأَنَّ الْمُجْتَهِدَ لَا يُعَذَّرُ فِيمَا إِذَا أَخْطَأَ إِذَا كَانَ الدَّلِيلُ ظَاهِرًا كَالْحُكْمِ بِحِلِّ مَثْرُوكِ التَّسْمِيَةِ عَامِدًا (وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَجِبَ الْقِصَاصُ إِلَّا أَنَّهُ امْتَنَعَ لِلشُّبْهَةِ) وَهِيَ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَأَقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨] فَإِنَّ ظَاهِرَهُ يُوجِبُ تَنَاوُلَ الْيَدَيْنِ جَمِيعًا فَصَارَ شُبْهَةً فِي حَقِّ الْقِصَاصِ، إِذِ الْقِصَاصُ لَا يَثْبُتُ بِالشُّبْهَةِ، بِخِلَافِ ضَمَانِ الْمَالِ. وَقَوْلُهُ (وَلَأَبِي حَنِيفَةَ) تَقْرِيرُهُ الْقَوْلَ بِالْمُوجِبِ.

سَلَّمْنَا أَنَّهُ قَطَعَ طَرَفًا مَعْصُومًا بِغَيْرِ حَقٍّ وَلَا تَأْوِيلَ، لَكِنَّهُ أَخْلَفَ مِنْ جَنْسِهِ مَا هُوَ خَيْرٌ مِنْهُ فَلَا يُعَذَّرُ إِثْلَاقًا (وَعَلَى هَذَا) التَّقْرِيرِ (لَوْ قَطَعَهُ غَيْرُ الْحَدَّادِ) أَيُّ لَوْ قَطَعَ يَسَارَ السَّارِقِ غَيْرُ الْحَدَّادِ بَعْدَ حُكْمِ الْقَاضِي بِقَطْعِ يَمِينِهِ (لَا يَضْمَنُ) شَيْئًا لِأَنَّ امْتِنَاعَ قَطْعِ الْيَمِينِ بَعْدَ قَطْعِ الْيَسَارِ لَا يَتَّفَاوَتُ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ قَاطِعُ الْيَسَارِ مَأْمُورَ الْحَاكِمِ أَوْ أَجْنَبِيًّا غَيْرَ مَأْمُورٍ (وَقَوْلُهُ هُوَ الصَّحِيحُ) اخْتِرَازٌ عَمَّا ذَكَرَهُ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ فَقَالَ فِيهِ: وَلَوْ قَطَعَ غَيْرُهُ يَدَهُ الْيُسْرَى فَإِنَّ فِي الْعَمْدِ الْقِصَاصَ وَفِي الْخَطِئِ الدِّيَّةَ، وَسَقَطَ الْقَطْعُ عَنْهُ فِي الْيَمِينِ لِأَنَّهُ لَوْ قَطَعَ أَدَّى إِلَى الْاسْتِهْلَاكِ، وَيَرُدُّ السَّرْقَةَ إِنْ كَانَ قَائِمًا وَعَلَيْهِ ضَمَانُهُ فِي الْهَالِكِ قَوْلُهُ وَلَوْ أَخْرَجَ السَّارِقُ يَسَارَهُ ظَاهِرٌ (قَوْلُهُ ثُمَّ فِي الْعَمْدِ عِنْدَهُ) أَيُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله (عَلَيْهِ) أَيُّ عَلَى السَّارِقِ (ضَمَانُ الْمَالِ) الْمَسْرُوقِ إِنْ كَانَ هَالِكًا (لَأَنَّهُ لَمْ يَقْعُ حَدًّا) وَإِنَّمَا خَصَّ أَبَا حَنِيفَةَ بِالذِّكْرِ وَإِنْ كَانَ الضَّمَانُ عَلَى السَّارِقِ بِالِاتِّفَاقِ دَفْعًا لَمَّا عَسَى أَنْ يُتَوَهَّمُ أَنَّ قَطْعَ الْيَسَارِ وَقَعَ حَدًّا عِنْدَهُ حَيْثُ لَمْ يُوجِبِ الضَّمَانُ عَلَى الْحَدَّادِ، فَأَزَالَ ذَلِكَ بَيَّانٍ وَجُوبِ الضَّمَانِ إِذَا بَانَ الْقَطْعُ لَمْ يَقْعُ حَدًّا، إِذِ الْقَطْعُ حَدًّا وَالضَّمَانُ لَا يَحْتَمِعَانِ وَعَدَمُ الضَّمَانِ عَلَى الْحَدَّادِ بَاعْتِبَارُ أَنَّهُ أَخْلَفَ خَيْرًا لَا بَاعْتِبَارُ أَنَّ الْقَطْعَ وَقَعَ حَدًّا، وَأَمَّا عَلَى مَذْهَبِهِمَا فَظَاهِرٌ لَا حَاجَةَ إِلَى ذِكْرِهِ لَأَنَّهُمَا يَضْمَنَانِ الْحَدَّادَ فِي الْعَمْدِ فَلَا يَقْعُ الْقَطْعُ حَدًّا لَا مَحَالَةَ فَيَضْمَنُ السَّارِقُ لِعَدَمِ لُزُومِ الْجَمْعِ بَيْنَ الضَّمَانِ وَالْقَطْعِ حَدًّا.

وَقَوْلُهُ (وَفِي الْخَطِئِ كَذَلِكَ عَلَى هَذِهِ الطَّرِيقَةِ) أَيُّ عَلَى طَرِيقَةِ أَنَّ الْقَطْعَ لَمْ يَقْعُ حَدًّا لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَقْعُ حَدًّا لَمْ يُوجَدْ مَا يُتَنَافَى الضَّمَانُ وَالْمُقْتَضِي وَهُوَ الْإِثْلَافُ مَوْجُودٌ

فَيَجِبُ الضَّمَانُ أَلْبَتَّةَ (وَعَلَى طَرِيقَةِ الاجْتِهَادِ) الَّذِي قُلْنَا فِي طَرِيقِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ أَنَّ ضَمَانَ الْيَدِ عَلَى الْحَدَّادِ بَطْلٌ بِطَرِيقِ الاجْتِهَادِ (لَا يَضْمَنُ) السَّارِقُ الْمَالَ لَوْ قُوعِ الْقَطْعِ مَوْقِعَ الْحَدِّ بِالْاجْتِهَادِ وَالضَّمَانُ وَالْقَطْعُ حَدًّا لَا يَجْتَمِعَانِ.

(وَلَا يَقْطَعُ السَّارِقُ إِلَّا أَنْ يَحْضُرَ الْمَسْرُوقُ مِنْهُ فَيُطَالَبُ بِالسَّرِقَةِ) لِأَنَّ الْخُصُومَةَ شَرْطٌ لظُهورِهَا، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الشَّهَادَةِ وَالْإِقْرَارِ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فِي الْإِقْرَارِ، لِأَنَّ الْجَنَائِيَّةَ عَلَى مَالِ الْغَيْرِ لَا تَظْهَرُ إِلَّا بِخُصُومَتِهِ، وَكَذَا إِذَا غَابَ عِنْدَ الْقَطْعِ عِنْدَنَا، لِأَنَّ الْإِسْتِيفَاءَ مِنَ الْقَضَاءِ فِي بَابِ الْحُدُودِ

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَقْطَعُ السَّارِقُ إِلَّا أَنْ يَحْضُرَ الْمَسْرُوقُ مِنْهُ) اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِي اشْتِرَاطِ حُضُورِ الْمَسْرُوقِ مِنْهُ وَطَلِبِهِ السَّرِقَةَ لِلْقَطْعِ، فَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى، لَا حَاجَةَ إِلَى ذَلِكَ وَتُقْبَلُ الشَّهَادَةُ عَلَى السَّرِقَةِ حِسْبَةَ كَالرَّثَا، لِأَنَّ الْمُسْتَحَقَّ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خَالِصٌ حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: إِنَّ أَقْرَأَ السَّارِقُ بِالسَّرِقَةِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى ذَلِكَ، وَإِنْ ثَبَتَ بِالْبَيِّنَةِ فَلَا بُدَّ مِنْ ذَلِكَ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ تُنْبِئُ عَلَى الدَّعْوَى فِي الْحَالِ، فَمَا لَمْ يَحْضُرْ هُوَ أَوْ نَائِبُهُ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ، وَإِنْ غَابَ بَعْدَ ذَلِكَ لَا يَتَعَدَّرُ اسْتِيفَاءُ الْقَطْعِ.

وَعِنْدَنَا حُضُورُهُ شَرْطٌ فِي الْإِقْرَارِ وَالشَّهَادَةِ جَمِيعًا عِنْدَ الْأَدَاءِ وَعِنْدَ الْقَطْعِ، لِأَنَّ الْخُصُومَةَ شَرْطٌ لظُهورِ السَّرِقَةِ لِقِيَامِ احْتِمَالِ رَدِّ الْإِقْرَارِ وَالْإِقْرَارُ لَهُ بِالْمَلِكِ بَعْدَ الشَّهَادَةِ وَبِهِ تَنْتَفِي السَّرِقَةُ، وَكُلُّ مَا هُوَ شَرْطُ الشَّيْءِ لَا يَتَحَقَّقُ بِدُونِهِ فَكَانَ الْقَطْعُ قَبْلَ حُضُورِهِ اسْتِيفَاءَ الْحَدِّ مَعَ قِيَامِ الشُّبْهَةِ وَهُوَ لَا يَجُوزُ، وَكَلَامُهُ فِي الْكِتَابِ وَاضِحٌ خِلَا أَنْ فِيهِ تَوَهُّمُ التَّكْرَارِ، لِأَنَّ مَعْنَى قَوْلِهِ لِأَنَّ الْجَنَائِيَّةَ عَلَى مَالِ الْغَيْرِ لَا تَظْهَرُ إِلَّا بِخُصُومَةٍ هُوَ مَعْنَى قَوْلِهِ لِأَنَّ الْخُصُومَةَ شَرْطٌ لظُهورِهَا: أَيْ لظُهورِ السَّرِقَةِ وَهِيَ الْجَنَائِيَّةُ.

وَيُمْكِنُ أَنْ يُدْفَعَ بِأَنَّ الْأَوَّلَ تَعْلِيلٌ لِاشْتِرَاطِ الْحُضُورِ، وَالثَّانِي لِعَدَمِ التَّفْرِقَةِ بَيْنَ الْإِقْرَارِ وَالشَّهَادَةِ وَإِنْ كَانَا بِمَعْنَى وَاحِدٍ وَمَعْنَى قَوْلِهِ لِأَنَّ الْإِسْتِيفَاءَ مِنَ الْقَضَاءِ فِي بَابِ الْحُدُودِ قَدْ تَقَدَّمَ.

(وَلِلْمُسْتَوْدِعِ وَالْغَاصِبِ وَصَاحِبِ الرِّبَا أَنْ يَقْطَعُوا السَّارِقَ مِنْهُمْ) وَلَرَبِّ الْوَدِيعَةِ أَنْ يَقْطَعَهُ أَيْضًا، وَكَذَا الْمَغْصُوبُ مِنْهُ. وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ: لَا يَقْطَعُ بِخُصُومَةِ الْغَاصِبِ

وَالْمُسْتَوْدَعُ، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ الْمُسْتَعِيرُ وَالْمُسْتَأْجِرُ وَالْمُضَارِبُ وَالْمُسْتَبْضِعُ وَالْقَابِضُ عَلَى سَوْمِ الشَّرَاءِ وَالْمُرْتَهِنُ وَكُلُّ مَنْ لَهُ يَدٌ حَافِظَةٌ سِوَى الْمَالِكِ، وَيُقْطَعُ بِخُصُومَةِ الْمَالِكِ فِي السَّرِقَةِ مِنْ هَؤُلَاءِ إِلَّا أَنَّ الرَّاهِنَ إِنَّمَا يُقْطَعُ بِخُصُومَتِهِ حَالَ قِيَامِ الرَّهْنِ بَعْدَ قَضَاءِ الدَّيْنِ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ فِي الْمَطَالَبَةِ بِالْعَيْنِ بِدُونِهِ. وَالشَّافِعِيُّ بَنَاهُ عَلَى أَصْلِهِ أَنَّ لَا خُصُومَةَ لَهُؤُلَاءِ فِي الْاسْتِرْدَادِ عِنْدَهُ. وَزَهْرٌ يَقُولُ: وَلَا يَتَى الْخُصُومَةُ فِي حَقِّ الْاسْتِرْدَادِ ضَرُورَةُ الْحِفْظِ فَلَا تَظْهَرُ فِي حَقِّ الْقَطْعِ لِأَنَّهُ فِيهِ تَفْوِيتُ الصِّيَانَةِ.

وَلَمَّا أَنَّ السَّرِقَةَ مُوجِبَةٌ لِلْقَطْعِ فِي نَفْسِهَا، وَقَدْ ظَهَرَتْ عِنْدَ الْقَاضِي بِحُجَّتَيْ شَرْعِيَّةٍ وَهِيَ شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ عَقِيبَ خُصُومَةٍ مُعْتَبَرَةٍ مُطْلَقًا إِذَا الْإِعْتِبَارُ لِحَاجَتِهِمْ إِلَى الْاسْتِرْدَادِ فَيَسْتَوْفِي الْقَطْعَ. وَالْمَقْصُودُ مِنَ الْخُصُومَةِ إِحْيَاءُ حَقِّهِ وَسُقُوطُ الْعِصْمَةِ ضَرُورَةُ الْاسْتِيفَاءِ فَلَمْ يُعْتَبَرِ، وَلَا مُعْتَبَرٌ شُبْهَتُهُ مَوْهُومَةُ الْإِعْتِرَاضِ كَمَا إِذَا حَضَرَ الْمَالِكُ وَغَابَ الْمُؤْتَمَنُ فَإِنَّهُ يُقْطَعُ بِخُصُومَتِهِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَإِنْ كَانَتْ شُبْهَةُ الْإِذْنِ فِي دُخُولِ الْحِرْزِ ثَابِتَةً

الشرح:

(قَوْلُهُ وَصَاحِبُ الرَّبَا) قِيلَ صُورَتُهُ: رَجُلٌ بَاعَ عَشْرَةَ دَرَاهِمَ بَعِشْرِينَ دِرْهَمًا وَقَبْضَهُ فَسَرَقَ مِنْهُ يُقْطَعُ السَّارِقُ بِخُصُومَتِهِ عِنْدَ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ، وَلَمْ يَذْكُرِ الْعَاقِدُ الْآخَرَ مِنْ عَاقِدَيْ الرَّبَا فَكَانَهُ بِالتَّسْلِيمِ لَمْ يَنْبَغِ لَهُ مِلْكٌ وَلَا يَدٌ فَلَا يَكُونُ لَهُ وَلَا يَتَى الْخُصُومَةُ، بِخِلَافِ رَبِّ الْوَدِيعَةِ وَالْمَعْصُوبِ مِنْهُ فَإِنَّ الْمَلِكَ لَهُمَا بَاقٍ (قَوْلُهُ وَكُلُّ مَنْ لَهُ يَدٌ حَافِظَةٌ) يُرِيدُ مُتَوَلَّى الْوَقْفِ وَالْأَبَ وَالْوَصِيَّ، وَلَوْ سَرَقَ سَارِقٌ مِنْ أَحَدِ هَؤُلَاءِ وَخَاصَمَ الْمَالِكُ قُطِعَ وَإِنْ لَمْ تَكُنِ السَّرِقَةُ مِنْ عِنْدِهِ لِقِيَامِ الْمَلِكِ (قَوْلُهُ إِلَّا أَنَّ الرَّاهِنَ) اسْتِثْنَاءٌ مُنْقَطِعٌ. وَقَدْ اخْتَلَفَ نُسْخُ الْهَدَايَةِ فِيهِ، فَبَيْنَ بَعْضِهَا إِلَّا أَنَّ الرَّاهِنَ إِنَّمَا يُقْطَعُ بِخُصُومَتِهِ حَالَ قِيَامِ الرَّهْنِ قَبْلَ قَضَاءِ الدَّيْنِ أَوْ بَعْدَهُ، وَفِي بَعْضِهَا حَالَ قِيَامِ الرَّهْنِ بَعْدَ قَضَاءِ الدَّيْنِ. وَاسْتَصْوَْبُهُ الشَّارِحُونَ نَقْلًا وَعَقْلًا؛ أَمَّا نَقْلًا فَلَأَنَّهُ مُوَافِقٌ لِرِوَايَةِ الْإِبْرَاهِيمِ وَالْمُحِيطِ.

قَالَ فِي الْمُحِيطِ: إِذَا سَرَقَ الرَّهْنُ مِنَ الْمُرْتَهِنِ فَلِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَقْطَعَهُ وَلَيْسَ لِلرَّاهِنِ أَنْ يَقْطَعَهُ لِأَنَّهُ لَا سَبِيلَ لَهُ عَلَى أَخْذِ الرَّهْنِ. قَالَ: وَإِنْ قَضَى الرَّاهِنُ الدَّيْنَ فَلَهُ أَنْ يَقْطَعَهُ لِأَنَّهُ أَنْ يَأْخُذَهُ. وَكَذَا فِي الْإِبْرَاحِ. وَأَمَّا عَقْلًا فَلَأَنَّ السَّارِقَ إِنَّمَا تُقْطَعُ

يَدُهُ بِخُصُومَةٍ مَنْ لَهُ وَلَايَةُ الاسْتِرْدَادِ وَلَيْسَ لِلرَّاهِنِ ذَلِكَ قَبْلَ قَضَاءِ الدَّيْنِ، وَالْمَرَادُ بِالرَّاهِنِ الْمَرْهُونُ، وَالضَّمِيرُ فِي (بِدُونِهِ) رَاجِعٌ إِلَى قَضَاءِ الدَّيْنِ، وَعَلَى النُّسخَةِ الْأُولَى إِلَى قِيَامِ الرَّهْنِ فَكَانَ شَرْطُ جَوَازِ الْقَطْعِ بِخُصُومَةِ الرَّاهِنِ أَمْرَيْنِ: قِيَامُ الْمَرْهُونِ حَتَّى لَوْ هَلَكَ لَا سَبِيلَ لِلرَّاهِنِ عَلَيْهِ لِبُطْلَانِ دَيْنِهِ عَنْهُ. وَقَضَاءُ الدَّيْنِ لِحُصُولِ وَلَايَةِ الاسْتِرْدَادِ حِينَئِذٍ، وَزُفْرُ وَالشَّافِعِيُّ اتَّفَقَا فِي الْحُكْمِ وَاخْتَلَفَا فِي تَخْرِيجِ الْمَنَاطِ (فَالشَّافِعِيُّ بَنَاهُ عَلَى أَصْلِهِ أَنْ لَا خُصُومَةٌ هَؤُلَاءِ الْمَذْكُورِينَ فِي الاسْتِرْدَادِ عِنْدَهُ) إِذَا جَحَدَ مَنْ فِي يَدِهِ الْمَالُ مَا لَمْ يَحْضُرُ الْمَالِكُ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُمْ وَلَايَةُ الاسْتِرْدَادِ لَا يُلْتَفَتُ إِلَى خُصُومِهِمْ (وَزُفْرُ يَقُولُ: وَلَايَةُ الْخُصُومَةِ فِي الاسْتِرْدَادِ ضَرُورَةٌ الْحِفْظِ).

وَالثَّابِتُ بِالضَّرُورَةِ يَتَقَدَّرُ بِقَدْرِهَا (فَلَا تَظْهَرُ فِي حَقِّ الْقَطْعِ لِأَنِّ فِيهِ) أَيْ فِي ظُهُورِهَا فِي حَقِّ الْقَطْعِ (تَقْوِيَتِ الصِّيَانَةِ) لِأَنَّ الْمَالَ مَضْمُونٌ عَلَى السَّارِقِ، فَلَوْ اسْتَوْفَى الْقَطْعُ سَقَطَ الضَّمَانُ فَيَكُونُ فِيهِ تَضْيِيعٌ لَا صِيَانَةً وَهُمْ مَأْمُورُونَ بِالْحِفْظِ وَالصِّيَانَةِ (وَلَنَا أَنَّ السَّرِقَةَ مُوجِبَةٌ لِلْقَطْعِ فِي نَفْسِهَا) وَهَذَا ظَاهِرٌ (و) السَّرِقَةُ (قَدْ ظَهَرَتْ عِنْدَ الْقَاضِي بِحُجَّةٍ شَرْعِيَّةٍ وَهِيَ شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ عَقِيبَ خُصُومَةٍ مُعْتَبَرَةٍ مُطْلَقًا) أَيْ غَيْرَ ضَرُورِيَّةٍ، فَالْمُوجِبُ لِلْقَطْعِ قَدْ ظَهَرَ عِنْدَ الْقَاضِي بِحُجَّةٍ شَرْعِيَّةٍ فَيَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ الْقَطْعُ، وَإِنَّمَا قَالَ إِنَّ الْخُصُومَةَ غَيْرَ ضَرُورِيَّةٍ (لِأَنَّ الْاِعْتِبَارَ لِحَاجَتِهِمْ إِلَى اسْتِرْدَادِ الْيَدِ) وَهُمْ فِي ذَلِكَ كَالْمَالِكِ، لِأَنَّ اِعْتِبَارَ خُصُومَةِ الْمَالِكِ لِحَاجَتِهِ إِلَى إِظْهَارِ السَّرِقَةِ لِإِعَادَةِ الْيَدِ عَلَى الْمَحَلِّ تَخْصِيلاً لِلْأَعْرَاضِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِالْيَدِ. وَهَذَا الْمَعْنَى مَوْجُودٌ فِي هَؤُلَاءِ، أَمَّا الْمُسْتَاجِرُ وَالْمُسْتَعِيرُ فَلَا حَتِيَاجَهُمَا إِلَى الْاِئْتِفَاعِ بِالْمَحَلِّ، وَأَمَّا الْمُرْتَهَنُ وَالْمُودَعُ فَلِلرَّدِّ إِلَى الْمَالِكِ تَخْلِيصًا لِلذِّمَّةِ عَنْ عَهْدَةِ الضَّمَانِ وَالتَّزَامِ الْحِفْظِ، وَإِذَا ثَبَتَ أَنَّ الْخُصُومَةَ مُطْلَقَةٌ اُنْدَفَعَ مَا قَالَ زُفْرُ إِنَّهَا ضَرُورَةٌ الْحِفْظِ فَلَا تَظْهَرُ فِي حَقِّ الْقَطْعِ.

وَقَوْلُهُ (وَالْمَقْصُودُ مِنَ الْخُصُومَةِ) أَيْ مَقْصُودُ صَاحِبِ الْيَدِ (إِحْيَاءُ حَقِّ الْمَالِكِ وَسُقُوطُ الضَّمَانِ بِسُقُوطِ الْعِصْمَةِ) مِنَ ضَرُورَةِ الْقَطْعِ فَكَانَ ضَمْنِيًّا وَالضَّمْنِيُّ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ، وَهَذَا جَوَابٌ عَنْ قَوْلِ زُفْرٍ لِأَنَّ فِيهِ تَقْوِيَتَ الصِّيَانَةِ. وَقَوْلُهُ (وَلَا مُعْتَبَرٌ بِشَبْهَةِ مَوْهُومَةِ الْاِعْتِرَاضِ) جَوَابُ سُؤَالِ مُقَدِّرِ تَقْدِيرِهِ أَنْ يُقَالَ يَنْبَغِي أَنْ لَا يُقَطَّعَ السَّارِقُ بِدُونِ حَضَرَةِ الْمَالِكِ كَمَا مَرَّ فِي مَسْأَلَةِ قُبَيْلِ هَذَا الْاِحْتِمَالِ أَنَّهُ لَوْ حَضَرَ أَقْرَ السَّارِقِ بِالْمَسْرُوقِ.

وَتَوَجِيهِ الْجَوَابِ هَذِهِ شُبْهَةٌ مَوْهُومَةُ الِاعْتِرَاضِ فَلَا تُعْتَبَرُ (كَمَا إِذَا حَضَرَ الْمَالِكُ وَغَابَ الْمُؤْتَمَنُ) فَإِنَّ فِيهِ شُبْهَةً مَوْهُومَةً أَيْضًا وَهُوَ أَنَّ يَحْضُرُ الْمُؤْتَمَنُ وَيَقُولُ إِنَّهُ كَانَ ضَيْفًا عِنْدِي فِي الْوَقْتِ الَّذِي سُرِقَ ذَلِكَ وَمَعَ ذَلِكَ لَمْ يَشْتَرِطْ حُضُورَ الْمُؤْتَمَنِ بَلْ يَقْطَعُ بِخُصُومَةِ الْمَالِكِ فِي ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ) وَقَيَّدَ بِظَاهِرِ الرَّوَايَةِ اخْتِرَازًا عَنْ رِوَايَةِ ابْنِ سِمَاعَةَ عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّ الْمَالِكَ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَقْطَعَهُ حَالِ غَيْبَةِ الْمُدْعِ لِأَنَّ السَّارِقَ لَمْ يَسْرِقْ مِنَ الْمَالِكِ وَإِنَّمَا سُرِقَ مِنَ الَّذِي كَانَ عِنْدَهُ فَلَمْ يَجْزْ أَنْ يُطَالَبَ بِذَلِكَ غَيْرُهُ. فَإِنْ قِيلَ: مَا الْفَرْقُ بَيْنَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ. وَبَيْنَ مَا إِذَا أَقَرَّ السَّارِقُ بِالسَّرْقَةِ فِي غَيْبَةِ الْمَالِكِ حَيْثُ لَا يَقْطَعُ مَا لَمْ يَحْضُرْ مَعَ أَنَّ الْعِلَّةَ الْمَذْكُورَةَ وَهُوَ قَوْلُهُ إِنَّ السَّرْقَةَ مُوجِبَةٌ لِلْقَطْعِ فِي نَفْسِهَا وَقَدْ ظَهَرَتْ عِنْدَ الْقَاضِي بِحُجَّةٍ شَرْعِيَّةٍ وَهِيَ الْإِقْرَارُ مَوْجُودَةٌ وَشُبْهَةُ الْإِذْنِ بِالْذُخُولِ فِي الْحِرْزِ أَوْ الْإِقْرَارُ بِالْمَسْرُوقِ لِلْسَّارِقِ مَوْهُومَةُ الِاعْتِرَاضِ وَمَعَ ذَلِكَ لَا يَقْطَعُ. أُجِيبَ بِأَنَّ الْفَرْقَ مِنْ حَيْثُ إِنَّ مَا نَحْنُ فِيهِ قَدْ ظَهَرَتْ فِيهِ السَّرْقَةُ عَقِيبَ خُصُومَةٍ مُعْتَبَرَةٍ فَلَمْ تُؤْثَرْ الشُّبْهَةُ فِي دَفْعِ الْعِلَّةِ عَنْ مُقْتَضَاهَا لِقَوَّتِهَا، بِخِلَافِ صُورَةِ الْإِقْرَارِ فَإِنَّهَا لَمْ تَكُنْ كَذَلِكَ..

(وَإِنْ قُطِعَ سَارِقٌ بِسَّرِقَةٍ فَسَرِقَتْ مِنْهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَا لِرَبِّ السَّرِقَةِ أَنْ يَقْطَعَ السَّارِقَ الثَّانِي) لِأَنَّ الْمَالَ غَيْرُ مُتَقَوِّمٍ فِي حَقِّ السَّارِقِ حَتَّى لَا يَجِبَ عَلَيْهِ الضَّمَانُ بِالْهَلَاكِ فَلَمْ تَنْعَقِدْ مُوجِبَةً فِي نَفْسِهَا، وَلِلأَوَّلِ وَلِأَيَّةِ الْخُصُومَةِ فِي الِاسْتِرْدَادِ فِي رِوَايَةِ لِحَاجَتِهِ إِذَا الرَّدُّ وَاجِبٌ عَلَيْهِ (وَلَوْ سُرِقَ الثَّانِي قَبْلَ أَنْ يَقْطَعَ الْأَوَّلُ أَوْ بَعْدَ مَا دُرِيَ الْحَدُّ بِشُبْهَتِهِ يَقْطَعُ بِخُصُومَةِ الْأَوَّلِ) لِأَنَّ سَقُوطَ التَّقَوُّمِ ضَرُورَةُ الْقَطْعِ وَلَمْ يُوْجَدْ فَصَارَ كَالْغَاصِبِ

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ قُطِعَ سَارِقٌ بِسَّرِقَةٍ الْمَسْرُوقِ إِذَا سُرِقَ مِنَ السَّارِقِ، فَإِنَّمَا أَنْ يَكُونَ قَبْلَ أَنْ قُطِعَ يَدُهُ أَوْ بَعْدُهُ، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي لَمْ يَكُنْ لَهُ: أَيُّ لِلْسَّارِقِ وَلَا لِلْمَالِكِ أَنْ يَقْطَعَ يَدَ السَّارِقِ الثَّانِي، أَمَّا السَّارِقُ فَلَوْجَهَيْنِ: أَحَدُهُمَا (أَنَّ الْمَالَ غَيْرُ مُتَقَوِّمٍ فِي حَقِّهِ حَتَّى لَا يَجِبَ الضَّمَانُ بِالْهَلَاكِ فَلَمْ تَنْعَقِدْ مُوجِبَةً فِي نَفْسِهَا) وَالثَّانِي أَنَّ يَدَهُ لَمْ تَبْقَ مِنَ الْأَيْدِي الَّتِي ذَكَرْنَاهَا مِنْ مِلْكٍ وَضَمَانٍ الْوَدِيعَةِ وَخُصُومَةٍ مِنْ هَذِهِ صِفَتُهُ لَا تُعْتَبَرُ فِي الْقَطْعِ وَأَمَّا الْمَالِكُ فَلَلَوْجَهُ الْأَوَّلِ.

وَقَوْلُهُ (وَلِلأَوَّلِ) أَيُّ السَّارِقِ الْأَوَّلِ (وَلِأَيَّةِ الْخُصُومَةِ فِي الِاسْتِرْدَادِ فِي رِوَايَةِ

لِحَاجَتِهِ إِذِ الرُّدُّ وَاجِبٌ عَلَيْهِ) وَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ فِي رِوَايَةِ أُخْرَى لِأَنَّهُ يَدُهُ لَيْسَتْ بِصَحِيحَةٍ لِكَوْنِ يَدِ الصَّحِيحَةِ عِبَارَةً عَنْ أَنَّ تَكُونُ يَدُ مَالِكٍ أَوْ ضَمَانٍ أَوْ أَمَانَةٍ وَلَمْ يُوجَدْ ذَلِكَ وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ يُقْطَعُ بِخُصُومَةِ الْأَوَّلِ لِأَنَّهُ سَقُوطُ التَّقْوِيمِ كَانَ لَضَرُورَةِ الْقَطْعِ، وَكَذَا خُرُوجُ يَدِهِ عَنْ كَوْنِهَا يَدَ ضَمَانٍ كَانَ لَذَلِكَ وَقَدْ انْتَفَى ذَلِكَ فَصَارَ كَالْغَاصِبِ وَالذَّرْءِ بِالشُّبْهَةِ لِعَدَمِ الْقَطْعِ هَاهُنَا وَلِهَذَا قَرَنَ الْمُصَنِّفُ بَيْنَهُمَا.

(وَمَنْ سَرَقَ سَرِقَةً فَرَدَّهَا عَلَى الْمَالِكِ قَبْلَ الْارْتِفَاعِ) إِلَى الْحَاكِمِ (لَمْ يُقْطَعْ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُقْطَعُ اعْتِبَارًا بِمَا إِذَا رَدَّهَ بَعْدَ الْمُرَافَعَةِ. وَجَهُ الظَّاهِرِ أَنَّ الْخُصُومَةَ شَرْطٌ لظُهُورِ السَّرِقَةِ، لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ إِنَّمَا جُعِلَتْ حُجَّةً ضَرُورَةً قَطْعِ الْمُنَازَعَةِ وَقَدْ انْقَطَعَتِ الْخُصُومَةُ، بِخِلَافِ مَا بَعْدَ الْمُرَافَعَةِ لَانْتِهَاءِ الْخُصُومَةِ لِحُصُولِ مَقْصُودِهَا فَتَبْقَى تَقْدِيرًا

الشرح:

(وَمَنْ سَرَقَ سَرِقَةً فَرَدَّهَا عَلَى الْمَالِكِ) فَإِمَّا أَنْ يَرُدَّهَا (قَبْلَ الْارْتِفَاعِ إِلَى الْحَاكِمِ) أَوْ بَعْدَهُ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ لَمْ يُقْطَعْ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُقْطَعُ اعْتِبَارًا بِمَا إِذَا رَدَّهَ بَعْدَ الْمُرَافَعَةِ) بِجَمَاعٍ أَنَّ الْقَطْعَ حَقُّ اللَّهِ فَلَا يُحْتَاجُ فِيهِ إِلَى الْخُصُومَةِ فَكَانَ مَا قَبْلَ الْارْتِفَاعِ وَمَا بَعْدَهُ سَوَاءً (وَجَهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّ الْخُصُومَةَ شَرْطٌ لظُهُورِ السَّرِقَةِ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ إِنَّمَا جُعِلَتْ حُجَّةً ضَرُورَةً قَطْعِ الْمُنَازَعَةِ) يَعْنِي أَنَّ السَّرِقَةَ تَظْهَرُ بِالْبَيِّنَةِ وَالْبَيِّنَةُ حُجَّةٌ ضَرُورَةٌ قَطْعِ الْخُصُومَةِ وَقَطْعِ الْخُصُومَةِ بِذَوْنِهَا غَيْرُ مُتَصَوِّرٍ، فَتَبَيَّنَ أَنَّ الْخُصُومَةَ شَرْطٌ لظُهُورِ السَّرِقَةِ (وَالْخُصُومَةُ قَدْ انْقَطَعَتْ) بِالرُّدِّ إِلَى الْمَالِكِ فَشَرْطُ ظُهُورِ السَّرِقَةِ قَدْ انْقَطَعَ، وَإِذَا انْقَطَعَ شَرْطُ ظُهُورِهَا انْقَطَعَ ظُهُورُهَا وَلَا قَطْعَ بِذَوْنِ ظُهُورِهَا، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي قُطِعَ لِأَنَّ الشَّرْطَ لَمْ يَنْقَطِعْ بَلْ انْتَهَى بِحُصُولِ الْمَقْصُودِ مِنْهُ وَهُوَ اسْتِرْدَادُ الْمَالِ إِلَى الْمَالِكِ، وَالشَّيْءُ يَتَقَرَّرُ بِاثْبَتَائِهِ لَا أَنَّهُ يَبْطُلُ كَالنِّكَاحِ يَتَقَرَّرُ بِالْمَوْتِ لَا أَنَّهُ يَبْطُلُ، لَكِنَّهَا أُعْني الْخُصُومَةَ تُجْعَلُ بَاقِيَةً تَقْدِيرًا لِاسْتِيفَاءِ الْقَطْعِ، وَالرُّدُّ إِلَى ابْنِ الْمَسْرُوقِ مِنْهُ وَإِلَى أَخِيهِ وَعَمِّهِ وَخَالَهِ وَهُمْ فِي عِيَالِهِ وَكَذَا إِلَى امْرَأَتِهِ أَوْ أُجِيرِهِ مُشَاهَرَةً أَوْ عَبْدِهِ، وَكَذَا الرُّدُّ إِلَى أَبِيهِ أَوْ أُمِّهِ أَوْ جَدِّهِ سَوَاءً كَانُوا فِي عِيَالِهِ أَوْ لَمْ يَكُونُوا كَالرُّدِّ إِلَى نَفْسِهِ اسْتِحْسَانًا.

(وَإِذَا قُضِيَ عَلَى رَجُلٍ بِالْقَطْعِ فِي سَرِقَةٍ فَوُهِبَتْ لَهُ لَمْ يُقْطَعْ) مَعْنَاهُ إِذَا سَلِمَتْ إِلَيْهِ (وَكَذَلِكَ إِذَا بَاعَهَا الْمَالِكُ إِيَّاهُ) وَقَالَ زُهْرٌ وَالشَّافِعِيُّ: يُقْطَعُ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي

يُوسُفَ، لَأَنَّ السَّرِقَةَ قَدْ تَمَّتْ اِنْعِقَادًا وَظُهُورًا، وَبِهَذَا الْعَارِضِ لَمْ يَتَبَيَّنْ قِيَامُ الْمَلِكِ وَقَتِ السَّرِقَةِ فَلَا شُبْهَةَ. وَلَنَا أَنَّ الْإِمْضَاءَ مِنَ الْقَضَاءِ فِي هَذَا الْبَابِ لَوْفُوعُ الْاِسْتِغْنَاءِ عَنْهُ بِالْاِسْتِيفَاءِ، إِذِ الْقَضَاءُ لِلْإِظْهَارِ وَالْقَطْعُ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى وَهُوَ ظَاهِرٌ عِنْدَهُ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ يُشْتَرَطُ قِيَامُ الْخُصُومَةِ عِنْدَ الْاِسْتِيفَاءِ وَصَارَ كَمَا إِذَا مَلَكَهَا مِنْهُ قَبْلَ الْقَضَاءِ.

الشرح:

(وَإِذَا قُضِيَ عَلَى رَجُلٍ بِالْقَطْعِ فِي سَرِقَةٍ فَوَهَبَهُ الْمَالِكُ) وَسَلَّمَهُ إِيَّاهُ (أَوْ بَاعَهُ إِيَّاهُ لَمْ يُقَطَّعْ) وَإِنَّمَا فَسَّرَ الْمُصَنِّفُ كَلَامَ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ بِقَوْلِهِ مَعْنَاهُ إِذَا سُلِّمَتْ لَأَنَّ الْهَبَةَ إِذَا لَمْ تَتَّصِلْ بِالتَّسْلِيمِ وَالْقَبْضِ لَا تُنْبِتُ الْمَلِكَ (وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ: يُقَطَّعُ، وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ، قَالُوا: لَأَنَّ السَّرِقَةَ قَدْ تَمَّتْ اِنْعِقَادًا) بِأَخْذِ مَالِ الْغَيْرِ عَلَى وَجْهِ الْخَفِيَّةِ مِنْ حِرْزٍ لَا شُبْهَةَ فِيهِ إِذْ وَضَعَ الْمَسْأَلَةَ فِي ذَلِكَ.

(وَبِهَذَا الْعَارِضِ) يَعْني ثُبُوتُ الْمَلِكِ لِلْسَّارِقِ بِسَبَبِ الْهَبَةِ أَوْ الْبَيْعِ (لَمْ يَتَبَيَّنْ قِيَامُ الْمَلِكِ وَقَتِ السَّرِقَةِ) لَأَنَّ ثُبُوتَ الْمَلِكِ بِهِمَا إِنَّمَا يَكُونُ عَلَى وَجْهِ الْاِقْتِصَارِ عَلَى وَقْتِ ثُبُوتِ الْهَبَةِ وَالْبَيْعِ، وَهَذَا احْتِرَازٌ عَمَّا إِذَا أَقْرَبَ بِهِ الْمَسْرُوقُ مِنْهُ لِلْسَّارِقِ، فَإِنَّ الْإِقْرَارَ يَظْهَرُ مَا كَانَ ثَابِتًا لِلْمَقْرَرِ لَهُ مِنَ الْمَلِكِ، فَيَلْزَمُ مِنْهُ ثُبُوتُ الْمَلِكِ لِلْسَّارِقِ وَقَتِ وَجُودِ السَّرِقَةِ فَيَكُونُ شُبْهَةً.

(وَلَنَا أَنَّ الْإِمْضَاءَ مِنَ الْقَضَاءِ) يَعْنِي أَنَّ اسْتِيفَاءَ الْحَدِّ مِنْ تَبَيُّنِ قَوْلِ الْقَاضِي حَكَمَتْ أَوْ قَضِيَتْ بِالْقَطْعِ أَوْ بِالرَّجْمِ أَوْ بِالْحَدِّ (فِي هَذَا الْبَابِ) يَعْنِي بَابَ الْحُدُودِ (لَوْفُوعُ الْاِسْتِغْنَاءِ عَنْهُ) أَيُّ عَنْ الْقَضَاءِ (بِالْاِسْتِيفَاءِ) يَعْنِي أَنَّ الْقَضَاءَ فِي هَذَا الْبَابِ لَا يُعْنِي غَنَاءَهُ: أَيُّ لَا يُفِيدُ فَائِدَتَهُ إِلَّا بِالْاِسْتِيفَاءِ (لَأَنَّ الْقَضَاءَ لِلْإِظْهَارِ) وَلَا إِظْهَارَ هَاهُنَا (لَأَنَّ الْقَطْعَ حَقُّ اللَّهِ وَهُوَ ظَاهِرٌ عِنْدَهُ) فَلَوْ لَمْ يُجْعَلِ الْاِسْتِيفَاءُ قَضَاءً فِي هَذَا الْبَابِ لَعَرَى عَنْ الْفَائِدَةِ بِالْكُلِّيَّةِ وَهُوَ بَاطِلٌ. بِخِلَافِ حُقُوقِ الْعِبَادِ فَإِنَّ الْقَضَاءَ فِيهَا يُفِيدُ إِظْهَارَ الْحَقِّ لِلطَّلَابِ عَلَى الْمَطْلُوبِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى جَعْلِ الْإِمْضَاءِ مِنْ تَبَيُّنِ الْقَضَاءِ، وَهَذَا فَقَهُ تَقْوِيضُ اسْتِيفَاءِ الْحُدُودِ إِلَى الْأُمَّةِ دُونَ سَائِرِ الْحُقُوقِ (وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ) أَيُّ إِذَا كَانَ الْإِمْضَاءُ مِنَ الْقَضَاءِ (يُشْتَرَطُ قِيَامُ الْخُصُومَةِ عِنْدَ الْاِسْتِيفَاءِ) كَمَا يُشْتَرَطُ وَقْتُ ابْتِدَاءِ الْقَاضِي الْقَضَاءَ وَقَدْ اتَّفَقَ ذَلِكَ بِالْبَيْعِ وَالْهَبَةِ وَهَذَا لَأَنَّ مَا يَكُونُ شَرْطًا لَوْجُوبِ الْقَضَاءِ يُرَاعَى

وَجُودُهُ إِلَى وَقْتِ الاسْتِيفَاءِ لِأَنَّ الْمُعْتَرِضَ قَبْلَ الاسْتِيفَاءِ كَالْمُقْتَرِنِ بِأَصْلِ السَّبَبِ بِذَلِيلِ الْعَمَى وَالْخَرَسِ وَالرَّدَّةِ وَالْفِسْقِ فِي الشُّهُودِ، فَإِنَّ الْحُدُودَ لَا تُسْتَوْفَى إِذَا كَانَتْ الشُّهُودُ عَلَى هَذِهِ الْأَوْصَافِ وَقَتِ الاسْتِيفَاءِ بِالْإِجْمَاعِ ذَكَرَهُ فِي الْأَسْرَارِ.

(وَقَوْلُهُ وَصَارَ كَمَا إِذَا مَلَكَهَا قَبْلَ الْقَضَاءِ) يَعْنِي صَارَ الْمَلِكُ الْحَادِثُ بَعْدَ الْقَضَاءِ قَبْلَ الاسْتِيفَاءِ كَالْمَلِكِ الْحَادِثِ قَبْلَ الْقَضَاءِ، لِأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يَمْضِ فَكَاثُهُ لَمْ يَقْضَ. وَلِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: جَعَلْتُمُ الْخُصُومَةَ بَاقِيَةً تَقْدِيرًا فِي صُورَةِ رَدِّ الْمَسْرُوقِ بَعْدَ الْمُرَافَعَةِ قَبْلَ الاسْتِيفَاءِ وَلَمْ يَكُنِ الاسْتِيفَاءُ ثَمَّةَ مِنَ الْقَضَاءِ حَتَّى أَوْجَبْتُمُ الْقَطْعَ، وَهَاهُنَا جَعَلْتُمُ الاسْتِيفَاءَ مِنَ الْقَضَاءِ فِي بَابِ الْحَدِّ وَجَعَلْتُمُ الْبَيْعَ وَالْهَبَةَ دَافِعًا لَوْجُوبِ الْحَدِّ وَمَا ذَلِكَ إِلَّا تَنَاقُضٌ صَرَفٌ. وَالْجَوَابُ أَنَّ الاسْتِيفَاءَ مِنَ الْقَضَاءِ فِي بَابِ الْحُدُودِ مُطْلَقًا، لَكِنْ فِي صُورَةِ الرَّدِّ لَمْ يَحْصُلْ بِالرَّدِّ سَرَى الْوَاجِبُ عَلَيْهِ بِالْأَخْذِ، وَهَاهُنَا حَدَثَ بَيْنَهُمَا تَصَرُّفٌ مُوَضَّعٌ لِإِفَادَةِ الْمَلِكِ وَكَانَ شُبْهَةً فِي دَرْءِ الْحَدِّ.

قَالَ (وَكَذَا إِذَا نَقَصَتْ قِيمَتُهَا مِنَ النَّصَابِ) يَعْنِي قَبْلَ الاسْتِيفَاءِ بَعْدَ الْقَضَاءِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَقْطَعُ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ وَالشَّافِعِيِّ اعْتِبَارًا بِالنَّقْصَانِ فِي الْعَيْنِ. وَلَنَا أَنْ كَمَالَ النَّصَابِ لَمَّا كَانَ شَرْطًا يُشْتَرَطُ قِيَامُهُ عِنْدَ الْإِمْضَاءِ لَمَّا ذَكَرْنَا، بِخِلَافِ النَّقْصَانِ فِي الْعَيْنِ لِأَنَّهُ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ فَكَمُلِ النَّصَابُ عَيْنًا وَدَيْنًا، كَمَا إِذَا اسْتَهْلَكَ كُلَّهُ، أَمَا نَقْصَانُ السَّعْرِ فَغَيْرُ مَضْمُونٍ فَافْتَرَقَا.

الشرح:

(وَكَذَلِكَ إِذَا نَقَصَتْ قِيمَتُهَا مِنَ النَّصَابِ) هَذَا مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ فَوَهَبْتُ لَهُ. وَقَوْلُهُ (يَعْنِي قَبْلَ الاسْتِيفَاءِ بَعْدَ الْقَضَاءِ) بَيَانٌ لَذَلِكَ لِأَنَّ الْكَلَامَ فِي الْمَعْطُوفِ عَلَيْهِ كَانَ عَلَى ذَلِكَ التَّقْدِيرِ. وَقَوْلُهُ (اعْتِبَارًا بِالنَّقْصَانِ فِي الْعَيْنِ) يَعْنِي بَأَنْ هَلَكَ دِرْهَمٌ مِنَ الْعَشْرَةِ أَوْ اسْتَهْلَكَهُ، وَهَذَا بِنَاءٌ عَلَى أَنَّ الْمُعْتَبَرَ فِي قِيَمَةِ الْمَسْرُوقِ أَنْ يَكُونَ يَوْمَ السَّرِقَةِ وَيَوْمَ الْقَطْعِ عَشْرَةُ دَرَاهِمٍ، فَإِنْ نَقَصَ عَنْ ذَلِكَ قَبْلَ الْقَطْعِ فِي الْعَيْنِ لَمْ يَمْنَعْ عَنِ الاسْتِيفَاءِ بِالْإِتْفَاقِ، وَإِنْ كَانَ النَّقْصَانُ لَتَرَجُّعِ السَّعْرِ فَكَذَلِكَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ فِي غَيْرِ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ اعْتِبَارًا بِالْأَوَّلِ بِجَامِعِ وُجُودِ سَرِقَةِ النَّصَابِ فِيهِمَا. وَوَجْهُ الظَّاهِرِ (أَنَّ كَمَالَ النَّصَابِ لَمَّا كَانَ شَرْطًا) فِي الْإِبْتِدَاءِ (يُشْتَرَطُ قِيَامُهُ عِنْدَ الْإِمْضَاءِ لَمَّا ذَكَرْنَا) أَنَّ الْإِمْضَاءَ مِنَ الْقَضَاءِ،

وَالْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ التَّقْصَانِ فِي الْعَيْنِ (أَنَّ التَّقْصَانَ فِي الْعَيْنِ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ) أَيُّ عَلَى السَّارِقِ وَالضَّمَانِ قَائِمٌ مَقَامَ الْمَضْمُونِ فَكَانَ النَّصَابُ كَامِلًا عَيْنًا وَقْتَ الْأَخْذِ وَدَيْنًا وَقْتَ الْاسْتِيفَاءِ (كَمَّا إِذَا اسْتَهْلَكَ كُلَّهُ، أَمَّا تَقْصَانُ السَّعْرِ فَعَيْزُ مَضْمُونٍ) فَكَانَ النَّصَابُ نَاقِصًا عِنْدَ الْقَطْعِ فَصَارَ شُبْهَةً (فَافْتَرَقَا).

(وَإِذَا ادَّعَى السَّارِقُ أَنَّ الْعَيْنَ الْمَسْرُوقَةَ مِلْكُهُ سَقَطَ الْقَطْعُ عَنْهُ وَإِنْ لَمْ يُقِمِ بَيِّنَةً) مَعْنَاهُ بَعْدَمَا شَهِدَ الشَّاهِدَانِ بِالسَّرِقَةِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَسْقُطُ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى لِأَنَّهُ لَا يَعْجِزُ عَنْهُ سَارِقٌ فَيُؤَدِّي إِلَى سَدِّ بَابِ الْحَدِّ. وَلَنَا أَنَّ الشُّبْهَةَ دَارِئَةٌ وَتَتَحَقَّقُ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى لِلْإِحْتِمَالِ، وَلَا مُعْتَبَرٌ بِمَا قَالَا بِدَلِيلِ صِحَّةِ الرَّجُوعِ بَعْدَ الْإِقْرَارِ

الشرح:

(وَإِذَا ادَّعَى السَّارِقُ أَنَّ الْعَيْنَ الْمَسْرُوقَةَ مِلْكُهُ سَقَطَ الْقَطْعُ عَنْهُ وَإِنْ لَمْ يُقِمِ الْبَيِّنَةَ) وَفَسَّرَهُ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ (مَعْنَاهُ بَعْدَمَا شَهِدَ الشَّاهِدَانِ بِالسَّرِقَةِ) وَإِنَّمَا فَسَّرَهُ بِذَلِكَ اخْتِرَارًا عَمَّا إِذَا فَعَلَ ذَلِكَ بَعْدَ الْإِقْرَارِ بِالسَّرِقَةِ فَإِنَّهُ يَسْقُطُ الْقَطْعُ بِالِاتِّفَاقِ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَسْقُطُ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى لِإِفْضَائِهِ إِلَى سَدِّ بَابِ الْحَدِّ حَيْثُ لَا يَعْجِزُ سَارِقٌ عَنْ ذَلِكَ. وَلَنَا أَنَّ الشُّبْهَةَ دَارِئَةٌ وَ) الشُّبْهَةُ (تَتَحَقَّقُ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى) لِإِحْتِمَالِ الصَّدْقِ (وَلَا مُعْتَبَرٌ بِمَا قَالَا) إِنَّهُ لَا يَعْجِزُ عَنْهُ سَارِقٌ (بِدَلِيلِ أَنَّ الرَّجُوعَ عَنِ الْإِقْرَارِ بِالسَّرِقَةِ صَحِيحٌ) وَمَا مِنْ مُقَرَّرٍ إِلَّا وَيَتِمَكَّنُ مِنَ الرَّجُوعِ، وَكَانَ ذَلِكَ مُعْتَبَرًا فِي إِبْرَاطِ الشُّبْهَةِ فَكَذَا هَذَا، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ حُجَّةً قَاصِرَةً وَالْبَيِّنَةُ حُجَّةٌ كَامِلَةٌ لَمَا عُرِفَ، وَلَا يَلْزَمُ أَنْ يَكُونَ مُورِثُ الشُّبْهَةِ فِي الْحُجَّةِ الْقَاصِرَةِ مُورِثًا لَهَا فِي الْكَامِلَةِ. وَالْجَوَابُ أَنَّ الْكَمَالَ وَالْقُصُورَ إِنَّمَا هُوَ بِالنِّسْبَةِ إِلَى التَّعَدِّي إِلَى الْغَيْرِ وَعَدَمِهِ وَلَيْسَ كَلَامُنَا فِيهِ، وَأَمَّا بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْمُقَرَّرِ فَهَمَّا سَوَاءٌ. (وَإِذَا أَقَرَّ رَجُلَانِ بِسَّرِقَةٍ ثُمَّ قَالَ أَحَدُهُمَا هُوَ مَالِي لَمْ يَقْطَعْ) لِأَنَّ الرَّجُوعَ عَامِلٌ فِي حَقِّ الرَّاجِعِ وَمُورِثٌ لِلشُّبْهَةِ فِي حَقِّ الْآخَرِ، لِأَنَّ السَّرِقَةَ تَثْبُتُ بِإِقْرَارِهِمَا عَلَى الشَّرِكَةِ

الشرح:

(قَوْلُهُ وَإِذَا أَقَرَّ الرَّجُلَانِ بِسَّرِقَةٍ مَبْنَاهُ عَلَى صِحَّةِ الرَّجُوعِ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ الرَّجُوعَ عَامِلٌ فِي حَقِّ الرَّاجِعِ) يَعْنِي لِعَدَمِ الْمَكْذَبِ (وَمُورِثٌ لِلشُّبْهَةِ فِي حَقِّ الْآخَرِ لِأَنَّ السَّرِقَةَ

تُبَيَّنَ بِإِقْرَارِهِمَا عَلَى الشَّرِكَةِ) فَيَكُونُ فِعْلًا وَاحِدًا.

(فَإِنْ سَرَقَا ثُمَّ غَابَ أَحَدُهُمَا وَشَهِدَ الشَّاهِدَانِ عَلَى سَرِقَتَيْهِمَا قُطِعَ الْآخَرُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ الْآخِرِ وَهُوَ قَوْلُهُمَا) وَكَانَ يَقُولُ أَوَّلًا: لَا يُقْطَعُ، لِأَنَّهُ لَوْ حَضَرَ رَبُّمَا يَدْعِي الشُّبْهَةَ. وَجْهُ قَوْلِهِ الْآخِرِ أَنَّ الْغَيْبَةَ تَمْنَعُ ثُبُوتَ السَّرِقَةِ عَلَى الْغَائِبِ فَيَبْقَى مَعْدُومًا وَالْمَعْدُومُ لَا يُورِثُ الشُّبْهَةَ وَلَا مُعْتَبَرٌ بِتَوَهُمِ حَدُوثِ الشُّبْهَةِ عَلَى مَا مَرَّ

الشرح:

(قَوْلُهُ لِأَنَّهُ لَوْ حَضَرَ رَبُّمَا يَدْعِي الشُّبْهَةَ) يَعْنِي وَهِيَ دَارِئَةٌ لِلْحَدِّ عَنْ نَفْسِهِ وَعَنْ الْحَاضِرِ، فَلَوْ قَطَعْنَا الْحَاضِرَ قَطَعْنَا مَعَ الشُّبْهَةِ وَهُوَ لَا يَجُوزُ (وَجْهُ الْقَوْلِ الْآخِرِ أَنَّ الْغَيْبَةَ تَمْنَعُ ثُبُوتَ السَّرِقَةِ عَلَى الْغَائِبِ) لِأَنَّ الْقَضَاءَ عَلَى الْغَائِبِ لَا يَجُوزُ، وَلِأَنَّ الْغَائِبَ فِي هَذِهِ الشَّهَادَةِ كَأَنَّهُ مَعْدُومٌ (وَالْمَعْدُومُ لَا يُورِثُ الشُّبْهَةَ) فِي حَقِّ الْمَوْجُودِ وَهَذَا لِأَنَّ الشُّبْهَةَ هِيَ الْمُحَقَّقَةُ الْمَوْجُودَةُ لَا الْمَوْهُومَةُ (عَلَى مَا مَرَّ) يُرِيدُ قَوْلُهُ وَلَا مُعْتَبَرٌ بِشُّبْهَةِ مَوْهُومَةِ الْإِعْتِرَاضِ.

(وَإِذَا أَقْرَأَ الْعَبْدُ الْمَحْجُورُ عَلَيْهِ بِسَرِقَةِ عَشْرَةِ دَرَاهِمَ بَعَيْنَهَا فَإِنَّهُ يُقْطَعُ وَتُرَدُّ السَّرِقَةُ إِلَى الْمَسْرُوقِ مِنْهُ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَقَالَ أَبُو يُونُسَ يُقْطَعُ وَالْعَشْرَةُ لِلْمَوْلَى. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يُقْطَعُ وَالْعَشْرَةُ لِلْمَوْلَى وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ. وَمَعْنَاهُ إِذَا كَذَبَهُ الْمَوْلَى (وَلَوْ أَقْرَأَ بِسَرِقَةِ مَالٍ مُسْتَهْلِكٍ قُطِعَتْ يَدُهُ وَلَوْ كَانَ الْعَبْدُ مَاذُونًا لَهُ يُقْطَعُ فِي الْوَجْهَيْنِ).

وَقَالَ زُفَرٌ: لَا يُقْطَعُ فِي الْوُجُوهِ كُلِّهَا لِأَنَّ الْأَصْلَ عِنْدَهُ أَنْ إِقْرَارَ الْعَبْدِ عَلَى نَفْسِهِ بِالْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ لَا يَصِحُّ لِأَنَّهُ يَرُدُّ عَلَى نَفْسِهِ وَطَرَفِهِ وَكُلُّ ذَلِكَ مَالُ الْمَوْلَى، وَالْإِقْرَارُ عَلَى الْغَيْرِ غَيْرُ مَقْبُولٍ إِلَّا أَنْ الْمَاذُونُ لَهُ يُؤَاخَذُ بِالضَّمَانِ وَالْمَالِ لَصِيحَةِ إِقْرَارِهِ بِهِ لِكُونِهِ مُسَلِّطًا عَلَيْهِ مِنْ جِهَتِهِ. وَالْمَحْجُورُ عَلَيْهِ لَا يَصِحُّ إِقْرَارُهُ بِالْمَالِ أَيْضًا، وَنَحْنُ نَقُولُ يَصِحُّ إِقْرَارُهُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ أَدَمِيٌّ ثُمَّ يَتَعَدَّى إِلَى الْمَالِيَّةِ فَيَصِحُّ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ مَالٌ، وَلِأَنَّهُ لَا تَهْمَةَ فِي هَذَا الْإِقْرَارِ لَمَّا يَشْتَمِلُ عَلَيْهِ مِنَ الْأَضْرَارِ، وَمِثْلُهُ مَقْبُولٌ عَلَى الْغَيْرِ لِمُحَمَّدٍ فِي الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ أَنْ إِقْرَارَهُ بِالْمَالِ بَاطِلٌ، وَلِهَذَا لَا يَصِحُّ مِنْهُ الْإِقْرَارُ بِالْغَصْبِ فَيَبْقَى مَالُ الْمَوْلَى، وَلَا قُطِعَ عَلَى الْعَبْدِ فِي سَرِقَةِ مَالِ الْمَوْلَى.

يُؤَيِّدُهُ أَنَّ الْمَالَ أَصْلٌ فِيهَا وَالْقَطْعُ تَابِعٌ حَتَّى تُسْمَعَ الْخُصُومَةُ فِيهِ بِدُونِ الْقَطْعِ وَيَتَبَيَّنُ الْمَالُ دُونَهُ، وَفِي عَكْسِهِ لَا تُسْمَعُ وَلَا يَتَبَيَّنُ، وَإِذَا بَطُلَ فِيمَا هُوَ الْأَصْلُ بَطُلَ فِي التَّبَعِ، بِخِلَافِ الْمَآذُونِ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ بِالْمَالِ الَّذِي فِي يَدِهِ صَحِيحٌ فَيَصِحُّ فِي حَقِّ الْقَطْعِ تَبَعًا. وَلَأَبِي يُوسُفُ أَنَّهُ أَقَرَّ بِشَيْئَيْنِ: بِالْقَطْعِ وَهُوَ عَلَى نَفْسِهِ فَيَصِحُّ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ. وَبِالْمَالِ وَهُوَ عَلَى الْمَوْلَى فَلَا يَصِحُّ فِي حَقِّهِ فِيهِ، وَالْقَطْعُ يُسْتَحَقُّ بِدُونِهِ؛ كَمَا إِذَا قَالَ الْحُرُّ الثُّوبُ الَّذِي فِي يَدِ زَيْدٍ سَرَقْتَهُ مِنْ عَمْرٍو وَزَيْدٌ يَقُولُ هُوَ ثَوْبِي يَقْطَعُ يَدَ الْمُقِرِّ وَإِنْ كَانَ لَا يَصْدَقُ فِي تَعْيِينِ الثُّوبِ حَتَّى لَا يُؤْخَذَ مِنْ زَيْدٍ. وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْإِقْرَارَ بِالْقَطْعِ قَدْ صَحَّ مِنْهُ لَمَّا بَيَّنَّا فَيَصِحُّ بِالْمَالِ بِنَاءً عَلَيْهِ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ يُلَاقِي حَالَةَ الْبَقَاءِ، وَالْمَالُ فِي حَالَةِ الْبَقَاءِ تَابِعٌ لِلْقَطْعِ حَتَّى تَسْقُطَ عِصْمَةُ الْمَالِ بِاعْتِبَارِهِ وَيُسْتَوْفَى الْقَطْعُ بَعْدَ اسْتِهْلَاكِهِ. بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الْحُرِّ لِأَنَّ الْقَطْعَ إِنَّمَا يَجِبُ بِالسَّرِقَةِ مِنَ الْمَوْدَعِ. أَمَّا لَا يَجِبُ بِسَرِقَةِ الْعَبْدِ مَالُ الْمَوْلَى فَافْتَرَقَا وَلَوْ صَدَقَهُ الْمَوْلَى يَقْطَعُ فِي الْفُصُولِ كُلِّهَا لَزَوَالَ الْمَانِعِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا أَقَرَّ الْعَبْدُ الْمَحْجُورُ عَلَيْهِ بِسَرِقَةِ مَالٍ) إِذَا أَقَرَّ الْعَبْدُ بِسَرِقَةٍ، فَإِنَّمَا أَنْ يَكُونَ مَآذُونًا لَهُ أَوْ مَحْجُورًا عَلَيْهِ، وَكُلُّ مِنْهُمَا عَلَى وَجْهَيْنِ: إِمَّا أَنْ يَكُونَ الْمَالُ قَائِمًا بَعِيْنَهُ أَوْ مُسْتَهْلَكًا، وَكُلُّ مِنْ ذَلِكَ عَلَى وَجْهَيْنِ: إِمَّا أَنْ كَذَبَهُ الْمَوْلَى أَوْ صَدَقَهُ، فَإِنْ صَدَقَهُ يَقْطَعُ فِي الْفُصُولِ كُلِّهَا لَوْجُودِ الْمُقْتَضِي وَانْتِفَاءِ الْمَانِعِ، وَإِنْ كَذَبَهُ وَهُوَ مَآذُونٌ لَهُ قُطِعَتْ يَدُهُ عِنْدَ الْعُلَمَاءِ فَالثَّلَاثَةُ سَوَاءٌ كَانَ الْإِقْرَارُ بِمَالٍ قَائِمٍ أَوْ مُسْتَهْلَكٍ، وَيُرَدُّ الْقَائِمُ عَلَى الْمَسْرُوقِ مِنْهُ.

وَإِنْ كَانَ مَحْجُورًا عَلَيْهِ، فَإِنْ أَقَرَّ بِمَالٍ مُسْتَهْلَكٍ قُطِعَتْ يَدُهُ عِنْدَ الثَّلَاثَةِ، وَإِنْ أَقَرَّ بِمَالٍ قَائِمٍ بَعِيْنِهِ فِي يَدِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: تُقْطَعُ يَدُهُ وَيُرَدُّ الْمَالُ إِلَى الْمَسْرُوقِ مِنْهُ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: تُقْطَعُ يَدُهُ وَالْمَالُ لِلْمَوْلَى، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا تُقْطَعُ يَدُهُ وَالْمَالُ لِلْمَوْلَى. حُكِيَ عَنْ الطَّحَاوِيِّ أَنَّهُ قَالَ: سَمِعْتُ أَسْتَازِي ابْنَ أَبِي عِمْرَانَ يَقُولُ: الْأَقَاوِيلُ الثَّلَاثَةُ كُلُّهَا عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ. فَقَوْلُهُ الْأَوَّلُ أَخَذَ بِهِ مُحَمَّدٌ ثُمَّ رَجَعَ وَقَالَ كَمَا قَالَ أَبُو يُوسُفَ، فَأَخَذَ بِهِ أَبُو يُوسُفَ ثُمَّ رَجَعَ إِلَى الْقَوْلِ الثَّلَاثِ وَاسْتَقَرَّ عَلَيْهِ. وَأَصْلُ ذَلِكَ أَنَّ الْقَطْعَ أَصْلٌ أَوْ الْمَالُ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: الْقَطْعُ أَصْلٌ وَالْمَالُ تَابِعٌ بِدَلِيلٍ أَنَّهُ يَطْلُ بِالتَّعَادُلِ، وَبِدَلِيلٍ أَنَّهُ لَوْ قَالَ أَنْبَغِي

المال ولا أبغى القطع لم يسقط القطع.

وقال أبو يوسف: كلُّ منهما أصل، أمّا أصالة القطع فيما قالوا في الحرِّ إذا أقرَّ وقال سرقَ هذا المال من زيد وهو في يد عمرو وكذّبه عمرو، ويصحُّ إقراره في حقِّ القطع دون المال، وأمّا أصالة المال فلائله إذا سرق ما دون العشرة لا يُقطع والخُصومة شرط، ولولا أن المال أصلٌ لوجبَ القطع بدونها لائله محضٌ حقُّ الله تعالى وهو يستوفى بلا طلب. وقال محمد: المال أصلٌ والقطع تبع، ووجهه وجه أبي يوسف في أصالة المال وإذا ثبت هذا ظهر ما في الكتاب سوى ألفاظٍ بينها، فقوله (في الوجهين) يعني فيما إذا كان المال قائماً بعينه أو مُستهلكاً.

وقوله (في الوجوه كلها) أي فيما إذا كان العبدُ محجوراً عليه أو مأذوناً له، وفيما إذا كان المال قائماً بعينه أو مُستهلكاً. وقوله (لائله يردُّ على نفسه) يعني فيما إذا أقرَّ بقتل الغير عمداً (أو طرّفه) يعني فيما إذا أقرَّ بالسرقه. وقوله (يؤخذ بالضمان) يعني في المستهلك. وقوله (والمال) يعني إذا كان قائماً في يده.

وقوله (من حيثُ إنّه آدمي) يُشير إلى أن وجوب الحد باعتبار أنه آدمي مخاطب لا باعتبار أنه مالٌ مملوك، والعبدُ في ذلك كالحُرِّ بإقراره فيما يرجع إلى استحقاق الحرِّ كإقرار الحرِّ، ولهذا لا يملك المولى الإقرارَ عليه بذلك، وما لا يملك المولى الإقرارَ به على عبده فالعبدُ فيه ينزل منزلة الحرِّ كالطلاق. وقوله (ثم يتعدى إلى المائيه فيصبح من حيثُ إنّه مال) يعني لما صحَّ إقراره من حيثُ إنّه آدمي يصبح من حيثُ إنّه مالٌ أيضاً بالسراية إليها لأنَّ آدميته لا تنفكُ عن ماله. وقوله (لما يشتملُ عليه) أي على العبد (من الأضرار) لأنَّ ما يلحقه من الضرر باستيفاء العقوبة منه فوق ما يلحق المولى (ومثله مقبولٌ على الغير) أي ومثل ما كان ضررُ الإقرار فيه سارياً إلى المقرِّ وإلى الغير يُسمع على الغير أيضاً بطريق التبعية لانعدامِ تُهمة الكذب في ذلك الإقرار، كما إذا شهد الواحدُ عند الإمام بروية هلال رمضان وفي السماء علة يقبلُ الإمامُ شهادته وإن لم يقبلها في سائر المواضع لعدمِ التُّهمة حيثُ يلزمه الصومُ كما يلزم غيره، وكذلك الحرُّ المدينونُ المفلسُ إذا أقرَّ بالقتل العمدِ فإنه يقتصُّ منه بالإجماع وإن كان فيه إبطالُ ديونِ الغرماءِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَا قَطْعَ عَلَى الْعَبْدِ فِي سَرْقَتِهِ) أَيِ فِي سَرْقَةِ مَالِ مَوْلَاهُ. وَقَوْلُهُ (يُؤَيِّدُهُ أَنَّ الْمَالَ أَصْلٌ فِيهَا) إِشَارَةٌ إِلَى مَا مَهَّدْنَا مِنَ الْأَصْلِ. وَقَوْلُهُ (حَتَّى تُسْمَعَ فِيهِ الْخُصُومَةُ بِدُونِ الْقَطْعِ) مِثْلُ أَنْ يَقُولَ أَطْلُبُ مِنْهُ الْمَالَ دُونَ الْقَطْعِ وَيُثْبِتُ الْمَالَ دُونَهُ كَمَا إِذَا شَهِدَ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ أَوْ أَقَرَّ بِالسَّرْقَةِ ثُمَّ رَجَعَ فَإِنَّهُ يَضْمَنُ الْمَالَ وَلَا يُقَطِّعُ (وَفِي عَكْسِهِ) بِأَنْ قَالَ أَطْلُبُ الْقَطْعَ دُونَ الْمَالَ (لَا تُسْمَعُ) الْخُصُومَةُ (وَلَا يَثْبِتُ) الْقَطْعُ دُونَ الْمَالَ.

وَقَوْلُهُ (فَلَا يَصِحُّ فِي حَقِّهِ فِيهِ) أَيِ فَلَا يَصِحُّ إِفْرَارُ الْعَبْدِ فِي حَقِّ الْمَوْلَى فِي الْمَالَ. وَقَوْلُهُ (وَالْقَطْعُ يُسْتَحَقُّ بِدُونِهِ) أَيِ بِدُونِ الْمَالَ لِأَنَّ أَحَدَ الْحُكْمَيْنِ يَنْفَصِلُ عَنِ الْآخَرِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ قَدْ يَثْبِتُ الْمَالَ دُونَ الْقَطْعِ كَمَا إِذَا شَهِدَ بِهِ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ، وَكَذَا يَجُوزُ أَنْ يَثْبِتَ الْقَطْعُ دُونَ الْمَالَ كَمَا إِذَا أَقَرَّ بِسَرْقَةِ مَالٍ مُسْتَهْلِكٍ. قَوْلُهُ (لَمَّا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ وَنَحْنُ نَقُولُ يَصِحُّ إِفْرَارُهُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ آدَمِيٌّ. وَقَوْلُهُ (فَيَصِحُّ بِالْمَالِ بِنَاءً عَلَيْهِ) أَيِ لَمَّا صَحَّ إِفْرَارُهُ بِالْقَطْعِ بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ آدَمِيٌّ مُكَلَّفٌ صَحَّ إِفْرَارُهُ بِالْمَالِ أَنَّهُ لَغَيْرِ الْمَوْلَى بِنَاءً عَلَى صِحَّةِ إِفْرَارِهِ بِالْقَطْعِ لَمَّا مَهَّدْنَاهُ مِنْ أَصْلِهِ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ الْإِفْرَارَ يُلَاقِي حَالَةَ الْبَقَاءِ) يُرِيدُ أَنَّ الْإِفْرَارَ بِالشَّيْءِ إِظْهَارُ أَمْرٍ قَدْ كَانَ فَلَا بُدَّ مِنْ وُجُودِ الْمُخْبَرِ بِهِ سَابِقًا عَلَى الْإِخْبَارِ.

وَقَوْلُهُ (حَتَّى تُسْقَطَ) بِالرَّفْعِ لِأَنَّ حَتَّى بِمَعْنَى الْفَاءِ. قَوْلُهُ (بِاعْتِبَارِهِ) أَيِ بِاعْتِبَارِ الْقَطْعِ لَمَّا يَجِيءُ مِنْ أَصْلِنَا أَنَّ الْقَطْعَ لَا يَجْتَمِعُ مَعَ الضَّمَانِ، ثُمَّ سُقُوطُ الْعِصْمَةِ وَالتَّقَوُّمُ فِي حَقِّ السَّارِقِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْمَالَ تَابِعٌ، لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ أَصْلًا لَمَا تَغَيَّرَ حَالُهُ مِنَ التَّقَوُّمِ إِلَى غَيْرِهِ لِأَنَّ مَقْصُودِيَّتَهُ إِنَّمَا تَكُونُ بِالتَّقَوُّمِ، وَكَذَلِكَ اسْتِيفَاءُ الْقَطْعِ بَعْدَ اسْتِهْلَاكِ الْمَالَ يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ، إِذْ لَا وُجُودَ لِلتَّابِعِ مَعَ عَدَمِ وُجُودِ الْأَصْلِ.

وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الْحُرِّ) جَوَابٌ عَمَّا اسْتَشْهَدَ بِهِ أَبُو يُوسُفَ بِقَوْلِهِ إِذَا قَالَ الْحُرُّ التَّوْبُ الَّذِي فِي يَدِ زَيْدٍ إلخ. وَيَبَيِّنُهُ أَنَّ الْحُرَّ لَمَّا لَمْ يَسْمَعْ قَوْلَهُ سَرْقَتَهُ مِنْ عَمَرٍ فِي حَقِّ الرَّدِّ إِلَى عَمَرٍ لَا يَلْزَمُهُ عَدَمُ الْقَطْعِ، بَلْ يُقَطِّعُ لِأَنَّهُ يَجْعَلُ الْمُقَرَّرَ لَهُ وَهُوَ عَمَرٌ بِمَنْزِلَةِ الْمُدَّعِ فَلَا يُوجِبُ رَدَّ الْمَالِ إِلَيْهِ لَمَّا مَرَّ أَنَّ السَّارِقَ إِذَا سَرَقَ الْمَالَ مِنَ الْمُدَّعِ يُقَطِّعُ بِخُصُومَتِهِ وَإِنْ لَمْ يَرُدَّ إِلَيْهِ الْمَالَ، وَأَمَّا هَاهُنَا فَلَوْ لَمْ يَرُدَّ الْمَالَ إِلَى الْمَسْرُوقِ مِنْهُ لَرِمَ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ الْمَالَ مَالُ الْمَوْلَى. فَحِينَئِذٍ لَا يَجِبُ الْقَطْعُ لِأَنَّ الْعَبْدَ إِذَا سَرَقَ مَالُ الْمَوْلَى لَا تُقَطِّعُ يَدُهُ. ثُمَّ اتَّفَقَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَبُو يُوسُفَ عَلَى قَطْعِ يَدِ الْعَبْدِ، فَقَدْ جَعَلَاهُ سَارِقًا مَالِ غَيْرِ الْمَوْلَى فَيَرُدُّ إِلَى الَّذِي أَقَرَّ

بِالسَّرِقَةِ مِنْهُ. (قَوْلُهُ وَلَوْ صَدَقَهُ الْمَوْلَى) قَدْ مَنَاهُ فِي أَوَّلِ الْبَحْثِ.

قَالَ (وَإِذَا قُطِعَ السَّارِقُ وَالْعَيْنُ قَائِمَةٌ فِي يَدِهِ رُدَّتْ عَلَى صَاحِبِهَا) لِبَقَائِهَا عَلَى مِلْكِهِ (وَإِنْ كَانَتْ مُسْتَهْلَكَةً لَمْ يَضْمَنْ) وَهَذَا الْإِطْلَاقُ يَشْمَلُ الْهَلَكَ وَالْإِسْتِهْلَاكَ، وَهُوَ رِوَايَةُ أَبِي يُوسُفَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ الْمَشْهُورُ. وَرَوَى الْحَسَنُ عَنْهُ أَنَّهُ يَضْمَنْ بِالْإِسْتِهْلَاكِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَضْمَنْ فِيهِمَا لِأَنَّهُمَا حَقَّانِ قَدْ اخْتَلَفَ سَبَبَاهُمَا فَلَا يَمْتَنِعَانِ فَالْقَطْعُ حَقٌّ الشَّرْعُ وَسَبَبُهُ تَرْكُ الْإِنْتِهَاءِ عَمَّا نَهَى عَنْهُ. وَالضَّمَانُ حَقُّ الْعَبْدِ وَسَبَبُهُ اخْتِارُ الْمَالِ فَصَارَ كَاسْتِهْلَاكِ صَيِّدٍ مَمْلُوكٍ فِي الْحَرَمِ أَوْ شُرْبِ خَمَرٍ مَمْلُوكَةٍ لِلذَّمِّ^(١). وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا غُرْمَ عَلَى السَّارِقِ بَعْدَمَا قُطِعَتْ يَمِينُهُ»^(٢) وَلَأنَّ وَجُوبَ الضَّمَانِ يُنَاقِضُ الْقَطْعَ لِأَنَّهُ يَتِمَلْكُهُ بِإِدَاءِ الضَّمَانِ مُسْتَنَدًا إِلَى وَقْتِ الْأَخْذِ، فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ وَرَدَ عَلَى مِلْكِهِ فَيَنْتَفِي الْقَطْعُ لِلشُّبْهَةِ وَمَا يُؤَدِّي إِلَى انْتِفَائِهِ فَهُوَ الْمُنْتَفِي، وَلَأنَّ الْمَحَلَّ لَا يَبْقَى مَعْصُومًا حَقًّا لِلْعَبْدِ، إِذْ لَوْ بَقِيَ لَكَانَ مُبَاحًا فِي نَفْسِهِ فَيَنْتَفِي الْقَطْعُ لِلشُّبْهَةِ فَيَصِيرُ مُحَرَّمًا حَقًّا لِلشَّرْعِ كَالْمَيْتَةِ وَلَا ضَمَانَ فِيهِ إِلَّا أَنْ الْعِصْمَةَ لَا يَظْهَرُ سَقُوطُهَا فِي حَقِّ الْإِسْتِهْلَاكِ لِأَنَّهُ فَعَلَ آخَرَ غَيْرَ السَّرِقَةِ وَلَا ضَرُورَةَ فِي حَقِّهِ، وَكَذَا الشُّبْهَةُ تُعْتَبَرُ فِيمَا هُوَ السَّبَبُ دُونَ غَيْرِهِ. وَوَجْهُ الْمَشْهُورِ أَنَّ الْإِسْتِهْلَاكَ إِتْمَامُ الْمَقْصُودِ فَتُعْتَبَرُ الشُّبْهَةُ فِيهِ، وَكَذَا يَظْهَرُ سَقُوطُ الْعِصْمَةِ فِي حَقِّ الضَّمَانِ لِأَنَّهُ مِنْ ضَرُورَاتِ سَقُوطِهَا فِي حَقِّ الْهَلَكَ لِانْتِفَاءِ الْمَمَالِكَةِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا قُطِعَ السَّارِقُ وَالْعَيْنُ قَائِمَةٌ فِي يَدِهِ) كَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (كَاسْتِهْلَاكِ صَيِّدٍ مَمْلُوكٍ فِي الْحَرَمِ) يَعْنِي مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ تَجِبُ قِيمَتُهُ لِلْمَالِكِ وَقِيمَةُ أُخْرَى جَزَاءَ ارْتِكَابِ الْمَخْطُورِ لِلَّهِ تَعَالَى. وَقَوْلُهُ (أَوْ شُرْبِ الْخَمْرِ لِلذَّمِّ) يَعْنِي عَلَى أَصْلِكُمْ، فَإِنَّ ضَمَانَ الْخَمْرِ بِالْإِسْتِهْلَاكِ لَا يَجِبُ عِنْدَهُ وَإِنْ كَانَ لِلذَّمِّ (وَلَنَا مَا رَوَى عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ: «لَا غُرْمَ عَلَى السَّارِقِ بَعْدَمَا قُطِعَتْ يَمِينُهُ»)^(١) لَا يُقَالُ: هَذَا الْحَدِيثُ يَذُلُّ عَلَى أَنَّ الْعَيْنَ إِذَا كَانَتْ قَائِمَةً لَا تُرَدُّ إِلَى صَاحِبِهَا لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يُسَمَّى غُرْمًا.

وَقَوْلُهُ (وَمَا يُؤَدِّي إِلَى انْتِفَائِهِ) إِنَّمَا كَانَ مَا يُؤَدِّي إِلَى انْتِفَائِهِ هُوَ الْمُنْتَفِي لِكُونِهِ ثَابِتًا بِالْإِجْمَاعِ. وَقَوْلُهُ (إِذْ لَوْ بَقِيَ) يَعْنِي مَعْصُومًا حَقًّا لِلْعَبْدِ (لَكَانَ مُبَاحًا فِي نَفْسِهِ)

(١) قَالَ الزَّيْلَعِيُّ فِي نَسْبِ الرَّايَةِ (٥٧٦/٣): غَرِيبٌ هَذَا اللَّفْظُ.

لأنه عَرَفَ بِالِاسْتِقْرَاءِ أَنَّ مَا هُوَ حَرَامٌ فِي حَقِّ الْعَبْدِ فَهُوَ مُبَاحٌ فِي نَفْسِهِ وَكَانَ الْمَالُ لِلْسَّارِقِ حَرَامًا مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ (فَيَنْتَفِي الْقَطْعُ لِلشُّبْهَةِ) إِذِ الشُّبْهَةُ هُوَ أَنْ تَكُونَ الْحُرْمَةُ ثَابِتَةً مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ فَحِينَئِذٍ يُدْرَأُ بِالْحَدِيثِ، فَإِذَا لَمْ يَبْقَ مَعْصُومًا حَقًّا لِلْعَبْدِ يَصِيرُ مُحَرَّمًا (حَقًّا لِلشَّرْعِ كَالْمَيْتَةِ وَلَا ضَمَانَ فِيهِ) وَهَذَا مَعْنَى مَا ذُكِرَ فِي الْمَبْسُوطِ إِذَا صَارَتِ الْمَالِيَّةُ لِلَّهِ تَعَالَى فِي هَذَا الْمَحَلِّ لَمْ يَبْقَ لِلْعَبْدِ فَالتَّحَقُّقُ فِي حَقِّ الْعَبْدِ بِمَا لَا قِيَمَةَ لَهُ، وَلَكِنْ هَذَا لَا يَتَقَرَّرُ إِلَّا بِاسْتِيفَاءِ الْقَطْعِ لَا مَا يَجِبُ لِلَّهِ تَعَالَى، فَتَمَامُهُ بِالِاسْتِيفَاءِ، فَكَانَ حُكْمُ الْأَخْذِ مُرَاعَى إِنْ اسْتَوْفِيَ بِهِ الْقَطْعُ يَتَبَيَّنُ بِهِ أَنَّ حُرْمَةَ الْمَحَلِّ فِي ذَلِكَ الْفِعْلِ كَانَتْ لِلَّهِ تَعَالَى فَلَا يَجِبُ ضَمَانُ الْعَبْدِ، وَإِنْ تَعَذَّرَ اسْتِيفَاؤُهُ تَبَيَّنَ أَنَّ حُرْمَةَ الْمَالِيَّةِ وَالتَّقْوَمِ كَانَ لِلْعَبْدِ فَيَجِبُ الضَّمَانُ.

وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنَّ الْعِصْمَةَ) جَوَابُ سُؤَالِ تَقْدِيرِ الْعِصْمَةِ لَمَّا اتَّقَلَّتْ لِلَّهِ تَعَالَى وَصَارَ الْمَالُ الْمَسْرُوقُ كَالْمَيْتَةِ وَالْخَمْرُ وَجَبَ أَنْ لَا يَجِبَ الضَّمَانُ عِنْدَ الْاسْتِهْلَاكِ. وَقَدْ رَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيْفَةَ وَجُوبَ الضَّمَانِ فِيهِ، وَتَقْرِيرُ الْجَوَابِ أَنَّ سُقُوطَ الْعِصْمَةِ إِنَّمَا كَانَ ضَرْوَرَةً تَحَقُّقِ الْقَطْعِ، وَمَا ثَبَتَ بِالضَّرُورَةِ يَقْتَضِرُ عَلَى مَحَلِّهَا فَلَا يَتَعَدَّى إِلَى فِعْلٍ آخَرَ هُوَ الْاسْتِهْلَاكُ لِأَنَّهُ لَا ضَرْوَرَةَ فِي حَقِّهِ لِأَنَّهُ لَيْسَ الْقَطْعُ وَلَا مِنْ لَوَازِمِهِ (وَكَذَا الشُّبْهَةُ) وَهُوَ كَوْنُهُ حَرَامًا لغيرِهِ (تُعْتَبَرُ فِيْمَا هُوَ السَّبَبُ) وَهُوَ السَّرِقَةُ لِأَنَّ اعْتِبَارَ الشُّبْهَةِ إِنَّمَا يَكُونُ بِجَعْلِ السَّبَبِ فِي الْمَوْجِبِ لِلْحَدِّ غَيْرَ مُوجِبٍ احْتِيَالًا لِلدَّرَجَةِ وَالِاسْتِهْلَاكُ لَيْسَ بِسَبَبٍ فَلَا تُعْتَبَرُ فِيهِ الشُّبْهَةُ (وَوَجْهُ الْمَشْهُورِ) وَهُوَ عَدَمُ وَجُوبِ الضَّمَانِ فِي الْاسْتِهْلَاكِ كَمَا فِي الْهَلَاكِ (أَنَّ الْاسْتِهْلَاكَ إِنَّمَا الْمَقْصُودُ) بِالسَّبَبِ وَهُوَ السَّرِقَةُ لِأَنَّهُ إِنَّمَا سَرَقَ لِيَصْرِفَهُ إِلَى بَعْضِ حَوَائِجِهِ فَكَانَ تَمَّةً لِلْسَّبَبِ لَا أَنَّهُ فِعْلٌ آخَرَ (فَتُعْتَبَرُ الشُّبْهَةُ فِيهِ) لِإِسْقَاطِ الضَّمَانِ كَاعْتِبَارِهَا فِي نَفْسِ السَّبَبِ. وَقَوْلُهُ (وَكَذَا يَظْهَرُ سُقُوطُ الْعِصْمَةِ فِي حَقِّ الضَّمَانِ لِأَنَّهُ مِنْ ضَرْوَرَاتِ سُقُوطِهَا فِي حَقِّ الْهَلَاكِ لِانْتِفَاءِ الْمِثَالَةِ) قَالَ فِي النَّهَايَةِ: أَيْ لِأَنَّ سُقُوطَ الْعِصْمَةِ فِي فَصْلِ الْاسْتِهْلَاكِ مِنْ ضَرْوَرَةِ سُقُوطِ الْعِصْمَةِ فِي فَصْلِ الْهَلَاكِ.

وَأَقُولُ: مَعْنَاهُ سُقُوطُ الْعِصْمَةِ فِي الْاسْتِهْلَاكِ لِأَنَّهُ مِنْ لَوَازِمِ سُقُوطِهَا فِي الْهَلَاكِ وَالْمَلْزُومُ ثَابِتٌ فَالْإِلَازِمُ كَذَلِكَ، وَيَبَيِّنُ الْمَلْازِمَةَ أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ كَانَتْ الْعِصْمَةُ بَاقِيَةً فِي الْاسْتِهْلَاكِ مُوجِبَةً وَكَذَا غَيْرُ صَحِيحٍ؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ يَسْتَوْجِبُ الْمِثَالَةَ بَيْنَ الْمَضْمُونِ

وَالْمُضْمُونُ بِهِ بِالنَّصِّ، وَهِيَ مُتَّفِقَةٌ لِأَنَّ الْمُضْمُونَ بِهِ مَالٌ مَعْصُومٌ فِي الْهَلَاكِ وَالِاسْتِهْلَاكِ، حَتَّى لَوْ غَضِبَهُ أَحَدٌ ضَمِنَهُ هَلَاكَ عِنْدَهُ أَوْ اسْتَهْلَكَ، وَالْمُضْمُونُ وَهُوَ الْمَسْرُوقُ مَعْصُومٌ فِي الْاسْتِهْلَاكِ عَلَى ذَلِكَ التَّقْدِيرِ دُونَ الْهَلَاكِ، وَلَا مُمَاتَلَةٌ بَيْنَ الْمَعْصُومِ فِي الْحَالَتَيْنِ وَالْمَعْصُومِ فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ. وَمِنْ الشَّارِحِينَ مَنْ قَالَ لِأَنَّهُ أَيْ لَأَنَّ سُقُوطَ الضَّمَانِ مِنْ ضَرُورَاتِ سُقُوطِ الْعِصْمَةِ: يَعْنِي أَنَّهُ يَلْزَمُ مِنْ سُقُوطِ الْعِصْمَةِ سُقُوطُ الضَّمَانِ.

وَهَذَا لِأَنَّ ضَمَانَ الْعُدْوَانِ مَبْنِيٌّ عَلَى الْمُمَاتَلَةِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤] وَلَا مُمَاتَلَةٌ بَيْنَ الْمَسْرُوقِ وَضَمَانِهِ فَيَنْتَفِي الضَّمَانُ لِأَنَّ الْمَسْرُوقَ سَاقِطُ الْعِصْمَةِ حَرَامٌ لِعَيْنِهِ حَقًّا لِلشَّرْعِ غَيْرُ مُنْتَفِعٍ بِهِ كَالْدَمِ وَالْمَيْتَةِ. وَالَّذِي يُؤْخَذُ مِنَ السَّارِقِ مَالٌ مَعْصُومٌ مُنْتَفِعٌ بِهِ لَيْسَ بِحَرَامٍ لِعَيْنِهِ فَلَا يَجِبُ الضَّمَانُ لِانْتِفَاءِ الْمُعَادَلَةِ، وَكَلَامُ الْمُصَنِّفِ لَا يُسَاعِدُهُ فِتْنَامُلٌ.

قَالَ (وَمَنْ سَرَقَ سَرِقَاتٍ فَقُطِعَ فِي إِحْدَاهَا فَهُوَ لِجَمِيعِهَا، وَلَا يَضْمَنُ شَيْئًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَا: يَضْمَنُ كُلُّهَا إِلَّا الَّتِي قُطِعَ لَهَا) وَمَعْنَى الْمَسْأَلَةِ إِذَا حَضَرَ أَحَدُهُمْ، فَإِنْ حَضَرُوا جَمِيعًا وَقُطِعَتْ يَدُهُ لْخُصُومَتِهِمْ لَا يَضْمَنُ شَيْئًا بِالِاتِّفَاقِ فِي السَّرِقَاتِ كُلِّهَا. لِهَمَّا أَنَّ الْحَاضِرَ لَيْسَ بِنَائِبٍ عَنِ الْغَائِبِ. وَلَا بُدُّ مِنَ الْخُصُومَةِ لَتَظْهَرِ السَّرِقَةُ فَلَمْ تَظْهَرِ السَّرِقَةُ مِنَ الْغَائِبِينَ فَلَمْ يَقَعْ الْقَطْعُ لَهَا فَبَقِيَتْ أَمْوَالُهُمْ مَعْصُومَةً. وَلَهُ أَنْ الْوَاجِبُ بِالْكُلِّ قُطِعَ وَاحِدٌ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى لِأَنَّ مَبْنَى الْحُدُودِ عَلَى التَّدَاخُلِ وَالْخُصُومَةِ شَرْطٌ لِلظُّهْرِ عِنْدَ الْقَاضِي، فَإِذَا اسْتَوْفَى فَالْمُسْتَوْفَى كُلُّ الْوَاجِبِ؛ أَلَا يَرَى أَنَّهُ يَرْجِعُ نَفْعُهُ إِلَى الْكُلِّ فَيَقَعُ عَنِ الْكُلِّ، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ إِذَا كَانَتْ النُّصُبُ كُلُّهَا لَوَاحِدٍ فَخَاصَمَ فِي الْبَعْضِ، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ سَرَقَ سَرِقَاتٍ فَقُطِعَ فِي إِحْدَاهَا فَهُوَ بِجَمِيعِهَا) كَلَامُهُ وَاضِحٌ (وَقَوْلُهُ لِهَمَّا أَنَّ الْحَاضِرَ لَيْسَ بِنَائِبٍ عَنِ الْغَائِبِ) تَقْرِيرُهُ الْحَاضِرُ لَيْسَ بِنَائِبٍ عَنِ الْغَائِبِ، وَمَنْ لَيْسَ بِنَائِبٍ عَنِ الْغَائِبِ لَيْسَ لَهُ الْخُصُومَةُ فِي حَقِّ الْغَائِبِ، وَلَا بُدُّ مِنَ الْخُصُومَةِ لِأَنَّهَا شَرْطٌ ظُهُورِ السَّرِقَةِ فَلَمْ تَظْهَرِ السَّرِقَةُ مِنَ الْغَائِبِينَ فَلَمْ يَقَعْ الْقَطْعُ لَهَا، وَإِذَا لَمْ يَقَعْ الْقَطْعُ لَهَا بَقِيَتْ أَمْوَالُهُمْ مَعْصُومَةً وَالْمَالُ الْمَعْصُومُ مَضْمُونٌ لَا مُحَالَةٌ (وَلَهُ أَنْ الْوَاجِبُ بِالْكُلِّ)

أَيُّ بَكْلِ السَّرَقَاتِ (قَطْعٌ وَاحِدٌ) لِأَنَّهُ يَجِبُ (حَقًّا لِلَّهِ) وَكُلُّ مَا كَانَ كَذَلِكَ يَتَدَاخَلُ وَقَدْ وَجَدَ ذَلِكَ (وَالْخُصُومَةُ شَرْطُ الظُّهُورِ عِنْدَ الْحَاكِمِ) وَقَدْ وَجَدَ ذَلِكَ أَيْضًا بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْجَمِيعِ لِأَنَّ الشَّرْطَ يَرَاعَى وَجُودَهُ لَا وَجُودَهُ قَصْدًا (فَإِذَا اسْتَوْفَى) يَعْنِي ذَلِكَ الْقَطْعُ الْوَاحِدَ (فَالْمُسْتَوْفَى كُلُّ الْوَاجِبِ، أَلَا تَرَى أَنَّ نَفْعَهُ) وَهُوَ الْإِزْجَارُ يَرْجِعُ إِلَى الْكُلِّ.

فَإِنْ قِيلَ: الْحُكْمُ الثَّابِتُ ضِمَّنًا لَا يَرْتَبُو عَلَى الثَّابِتِ صَرِيحًا، وَالْقَطْعُ يَتَضَمَّنُ الْبَرَاءَةَ عَنْ ضَمَانِ الْمَسْرُوقِ، وَلَوْ أَبْرَاهُ الْوَاحِدُ عَنْ ضَمَانِ الْكُلِّ نَصًّا لَمْ يَبْرَأْ فَكَيْفَ يَبْرَأُ إِذَا ثَبَتَ ضِمَّنًا؟ أُجِيبَ بِأَنَّهُ كَمْ مِنْ شَيْءٍ يَثْبُتُ ضِمَّنًا وَلَا يَثْبُتُ قَصْدًا كَبَيْعِ الشُّرْبِ وَوَقْفِ الْمَنْقُولِ، ثُمَّ هَاهُنَا لَمَّا وَقَعَ الْقَطْعُ فِي حَقِّ الْكُلِّ بِالْإِجْمَاعِ تَبِعَهُ مَا هُوَ الثَّابِتُ فِي ضِمْنِهِ وَهُوَ سَقُوطُ الضَّمَانِ. وَأَعْلَمُ أَنَّ وَقُوعَ الْقَطْعِ بِجَمِيعِ السَّرَقَاتِ بِالْإِجْمَاعِ، فَقَدْ عَلِمْتَ أَنَّ الْقَطْعَ لَا يَجْتَمِعُ مَعَ الضَّمَانِ. فَالْقَوْلُ بِالضَّمَانِ فِي وَاحِدَةٍ مِنْهَا بَعْدَ ذَلِكَ جَمْعٌ بَيْنَ الْقَطْعِ وَالضَّمَانِ فَذَلِكَ تَنَاقُضٌ.

وَقَوْلُهُ (وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ إِذَا كَانَ النُّصْبُ كُلُّهَا لَوَاحِدٍ) يَعْنِي لَوْ سَرَقَ النُّصْبُ مِنْ شَخْصٍ وَاحِدٍ مَرَارًا فَخَاصَمَ فِي الْبَعْضِ فَقَطَعَ لِأَجْلِ ذَلِكَ فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لَا يَضْمَنُ النُّصْبُ الْبَاقِيَةَ، وَعِنْدَهُمَا يَضْمَنُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ

بَابُ مَا يُحْدِثُ السَّارِقُ فِي السَّرْقَةِ

(وَمَنْ سَرَقَ ثَوْبًا فَشَقَّهْ فِي الدَّارِ بِنِصْفَيْنِ ثُمَّ أَخْرَجَهُ وَهُوَ يَسَاوِي عَشْرَةَ دَرَاهِمَ قَطَعَ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يُقَطَّعُ لِأَنَّهُ فِيهِ سَبَبُ الْمَلِكِ وَهُوَ الْخَرْقُ الْفَاحِشُ فَإِنَّهُ يُوجِبُ الْقِيَمَةَ وَتَمْلِكُ الْمَضْمُونِ وَصَارَ كَالْمُسْتَرِي إِذَا سَرَقَ مَبِيعًا فِيهِ خِيَارٌ لِلْبَائِعِ (وَلَهُمَا أَنْ الْأَخْذَ وَضَعَ سَبَبًا لِلضَّمَانِ لَا لِلْمَلِكِ، وَإِنَّمَا الْمَلِكُ يَثْبُتُ ضَرُورَةُ آدَاءِ الضَّمَانِ كَيْ لَا يَجْتَمِعَ الْبَدَلَانِ فِي مِلْكٍ وَاحِدٍ، وَمِثْلُهُ لَا يُورَثُ) الشُّبْهَةُ كَنَفْسِ الْأَخْذِ، وَكَمَا إِذَا سَرَقَ الْبَائِعُ مَبِيعًا بَاعَهُ، بِخِلَافِ مَا ذَكَرَ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ مَوْضُوعٌ لِإِفَادَةِ الْمَلِكِ، وَهَذَا الْخِلَافُ فِيمَا إِذَا اخْتَارَ تَضْمِينَ النُّقْصَانِ وَأَخَذَ الثَّوْبَ، فَإِنْ اخْتَارَ تَضْمِينَ الْقِيَمَةِ وَتَرَكَ الثَّوْبَ عَلَيْهِ لَا يُقَطَّعُ بِالِاتِّفَاقِ؛ لِأَنَّهُ مَلَكُهُ مُسْتَبَدًّا إِلَى وَقْتِ الْأَخْذِ فَصَارَ كَمَا إِذَا مَلَكَهُ بِالْهَبَةِ فَأُورَثَ شُبْهَتُهُ، وَهَذَا كُلُّهُ إِذَا كَانَ النُّقْصَانُ فَاحِشًا، فَإِنْ كَانَ يَسِيرًا يُقَطَّعُ بِالِاتِّفَاقِ لِانْعِدَامِ سَبَبِ الْمَلِكِ إِذْ لَيْسَ لَهُ اخْتِيَارُ تَضْمِينَ كُلِّ الْقِيَمَةِ.

الشرح:

(بَابُ مَا يُحْدِثُ السَّارِقُ فِي السَّرِقَةِ): لَمَّا ذَكَرَ أَحْكَامَ السَّرِقَةِ وَكَيْفِيَةَ الْقَطْعِ ذَكَرَ فِي هَذَا الْبَابِ مَا يَنْقُطُ بِهِ الْقَطْعُ بِسَبَبِ إِحْدَاثِ الصَّنْعَةِ لِلشُّبْهَةِ وَالشُّبْهَةُ أَبَدًا تَلُو الثَّابِتَ ذِكْرًا (وَمَنْ سَرَقَ ثَوْبًا فَشَقَّهُ فِي الدَّارِ بِنَصْفَيْنِ ثُمَّ أَخْرَجَهُ وَهُوَ يُسَاوِي) بَعْدَ الشَّقِّ (عَشْرَةَ دَرَاهِمَ قُطِعَ) قَيْدَ بَقِيدَيْنِ: أَنْ يَكُونَ الشَّقُّ فِي الدَّارِ، وَأَنْ يُسَاوِيَ عَشْرَةَ دَرَاهِمَ بَعْدَ الشَّقِّ فِي الدَّارِ، لِأَنَّهُ إِذَا أَخْرَجَهُ غَيْرَ مَشْقُوقٍ وَهُوَ يُسَاوِي عَشْرَةَ دَرَاهِمَ ثُمَّ شَقَّهُ وَنَقَصَتْ قِيَمَتُهُ بِالشَّقِّ مِنَ الْعَشْرَةِ فَإِنَّهُ يُقْطَعُ قَوْلًا وَاحِدًا؛ وَلِأَنَّهُ إِذَا شَقَّ فِي الدَّارِ وَنَقَصَتْ قِيَمَتُهُ عَنِ الْعَشْرَةِ ثُمَّ أَخْرَجَهُ لَمْ يُقْطَعْ لِأَنَّ السَّرِقَةَ قَدْ تَمَّتْ عَلَى النَّصَابِ الْكَامِلِ فِي الْأَوَّلِ دُونَ الثَّانِي (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يُقْطَعُ لِأَنَّهُ لَهُ فِي شُبْهَةِ الْمَلِكِ وَهُوَ الْخَرْقُ الْفَاحِشُ فَإِنَّهُ يُوجِبُ الْقِيَمَةَ وَتَمْلِكُ الْمَظْمُونِ) وَلِهَذَا قُلْنَا الْمَالِكُ بَعْدَ الشَّقِّ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ مَلِكُهُ الثَّوْبَ بِالضَّمَانِ لِاتِّعَادِ سَبَبِ الْمَلِكِ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَنْعَقِدْ لَمَّا وَجَبَ التَّمْلِكُ بِكَرْهِهِ مِنَ السَّارِقِ.

(وَصَارَ كَالْمُشْتَرِي إِذَا سَرَقَ مَبِيعًا فِيهِ خِيَارٌ لِلْبَائِعِ) ثُمَّ فَسَخَ الْبَائِعُ الْبَيْعَ فَإِنَّهُ لَا يُقْطَعُ هُنَاكَ فَكَذَلِكَ هَاهُنَا، وَالْجَامِعُ بَيْنَهُمَا أَنَّ السَّرِقَةَ تَمَّتْ عَلَى عَيْنٍ غَيْرِ مَمْلُوكٍ لِلْسَّارِقِ لَكِنْ وَرَدَ عَلَيْهِ سَبَبُ الْمَلِكِ وَلَهُمَا أَنْ الْأَخْذَ) أَيُّ هَذَا الْأَخْذِ الَّذِي فِيهِ خَرْقٌ فَاحِشٌ، وَاللَّامُ لِلْعَهْدِ بِدَلِيلِ قَوْلِهِ وَمِثْلُهُ لَا يُورِثُ الشُّبْهَةَ كَنَفْسِ الْأَخْذِ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّ لَهُ فِيهِ سَبَبُ الْمَلِكِ لِأَنَّ الْأَخْذَ الْمَعْهُودَ لَيْسَ بِمَوْضُوعٍ لَهُ، وَإِنَّمَا هُوَ مَوْضُوعٌ سَبَبًا لِلضَّمَانِ فَكَانَ لَهُ سَبَبُ الضَّمَانِ لَا سَبَبُ الْمَلِكِ.

(وَإِنَّمَا الْمَلِكُ يُنْبِتُ لَهُ ضَرُورَةً أَداءَ الضَّمَانِ كَيَّ لَا يَجْتَمِعُ الْبَدَلَانِ فِي مَلِكٍ وَاحِدٍ وَمِثْلُهُ) أَيُّ وَمِثْلُ هَذَا الْأَخْذِ الَّذِي هُوَ سَبَبُ الضَّمَانِ (لَا يُورِثُ الشُّبْهَةَ) لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَوْضُوعٍ لِلْمَلِكِ (كَنَفْسِ الْأَخْذِ) فَإِنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَصِيرَ سَبَبًا بَعْدَ الضَّمَانِ وَمَعَ هَذَا فَلَمْ تُعْتَبَرْ شُبْهَةٌ (وَكَمَا إِذَا سَرَقَ الْبَائِعُ مَبِيعًا بَاعَهُ) وَلَمْ يَعْلَمْ الْمُشْتَرِي بِالْعَيْبِ فَإِنَّهُ يُقْطَعُ وَإِنْ انْعَقَدَ سَبَبُ الرَّدِّ وَهُوَ الْعَيْبُ، وَكَذَلِكَ هَاهُنَا يُقْطَعُ وَإِنْ انْعَقَدَ سَبَبُ الضَّمَانِ وَهُوَ الشَّقُّ (بِخِلَافِ مَا ذَكَرَ) أَيُّ أَبُو يُوسُفَ وَهُوَ قَوْلُهُ كَالْمُشْتَرِي إِذَا سَرَقَ مَبِيعًا فِيهِ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ لِأَنَّ سَبَبَ الْمَلِكِ مَوْجُودٌ فِيهِ (إِذَا الْبَيْعُ مَوْضُوعٌ لِإِفَادَةِ الْمَلِكِ، وَهَذَا الْخِلَافُ فِيمَا

إِذَا اخْتَارَ تَضْمِينَ التَّقْصَانِ وَأَخَذَ التُّوبَ لَا يُقَالُ: الْأَصْلُ عِنْدَكُمْ أَنَّ الْقَطْعَ وَالضَّمَانَ لَا يَجْتَمِعَانِ؛ فَإِذَا اخْتَارَ تَضْمِينَ التَّقْصَانِ كَيْفَ يَتِمَّكُنُ مِنَ الْقَطْعِ لِأَنَّ ضَمَانَ التَّقْصَانِ وَجِبَ بِجَنَائِهِ أُخْرَى قَبْلَ الْإِخْرَاجِ وَهِيَ مَا فَاتَ مِنَ الْعَيْنِ وَالْقَطْعُ بِإِخْرَاجِ الْبَاقِي كَمَا لَوْ أَخَذَ ثَوْبَيْنِ، فَأَحْرَقَ أَحَدَهُمَا فِي الْبَيْتِ وَأَخْرَجَ الْآخَرَ وَقِيمَتُهُ نَصَابٌ.

وَأُورِدَ عَلَى هَذَا الْجَوَابِ الاسْتِهْلَاكُ عَلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ فَإِنَّهُ فَعَلَ غَيْرَ السَّرْقَةِ مَعَ أَنَّهُ لَا يَجِبُ الضَّمَانُ. وَعَنْ هَذَا ذَهَبَ بَعْضُهُمْ إِلَى أَنَّهُ إِنْ اخْتَارَ الْقَطْعَ لَا يَضْمَنُ التَّقْصَانُ. وَالْجَوَابُ أَنَّ الْقَطْعَ لِلْبَاقِي بَعْدَ الْحَرْقِ وَلَيْسَ فِيهِ ضَمَانٌ، بِخِلَافِ الْمُسْتَهْلَكِ فَإِنَّ الْقَطْعَ كَانَ لِأَجْلِهِ لَا لِشَيْءٍ آخَرَ (فَإِنْ اخْتَارَ تَضْمِينَ قِيَمَةِ الثُّوبِ كُلِّهَا وَتَرَكَ الثُّوبَ عَلَيْهِ لَا يُقَطَّعُ بِالِاتِّفَاقِ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ مُسْتَنَدًا إِلَى وَقْتِ الْأَخْذِ فَصَارَ كَمَا إِذَا مَلَكَهُ بِالْهَبَةِ) فَإِنَّهُ إِذَا وَهَبَ لَهُ بَعْدَ تَمَامِ السَّرْقَةِ يَسْقُطُ الْقَطْعُ فَلَا نَ لَا يَجِبُ إِذَا مَلَكَهُ قَبْلَ تَمَامِ السَّرْقَةِ أَوَّلَى (وَهَذَا كُلُّهُ) أَيْ هَذَا الْخِلَافُ مَعَ هَذِهِ التَّفْصِيلَاتِ (إِذَا كَانَ التَّقْصَانُ فَاحِشًا) وَهُوَ الَّذِي يَفُوتُ بِهِ بَعْضُ الْعَيْنِ وَبَعْضُ الْمَنْفَعَةِ (فَإِنْ كَانَ يَسِيرًا) وَهُوَ مَا يَفُوتُ بِهِ بَعْضُ الْمَنْفَعَةِ فِي الصَّحِيحِ عَلَى مَا سَيَجِيءُ تَمَامُ الْكَلَامِ فِي تَفْسِيرِ الْفَاحِشِ وَالْيَسِيرِ فِي كِتَابِ الْعَصَبِ (يُقَطَّعُ بِالِاتِّفَاقِ لِانْعِدَامِ سَبَبِ الْمَلِكِ إِذْ لَيْسَ لَهُ اخْتِيَارُ تَضْمِينَ كُلِّ الْقِيَمَةِ)

(وَأِنْ سَرَقَ شَاةً فَذَبَحَهَا ثُمَّ أَخْرَجَهَا لَمْ يُقَطَّعْ) لِأَنَّ السَّرْقَةَ تَمَّتْ عَلَى اللَّحْمِ وَلَا

قَطْعَ فِيهِ

الشرح:

قَوْلُهُ وَإِنْ سَرَقَ شَاةً فَذَبَحَهَا ظَاهِرٌ.

(وَمَنْ سَرَقَ ذَهَبًا أَوْ فِضَّةً يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ فَصَنَعَهُ دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ قُطِّعَ فِيهِ وَتَرَكَ الدَّرَاهِمَ وَالْدَنَانِيرَ إِلَى الْمَسْرُوقِ مِنْهُ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَا: لَا سَبِيلَ لِلْمَسْرُوقِ مِنْهُ عَلَيْهِمَا) وَأَصْلُهُ فِي الْعَصَبِ فَهَذِهِ صَنْعَةٌ مُتَقَوِّمَةٌ عِنْدَهُمَا خِلَافًا لَهُ، ثُمَّ وَجُوبُ الْحَدِّ لَا يُشْكَلُ عَلَى قَوْلِهِ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهُ، وَقِيلَ عَلَى قَوْلِهِمَا لَا يَجِبُ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ قَبْلَ الْقَطْعِ، وَقِيلَ يَجِبُ؛ لِأَنَّهُ صَارَ بِالصَّنْعَةِ شَيْئًا آخَرَ فَلَمْ يَمْلِكْ عَيْنَهُ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ سَرَقَ ذَهَبًا أَوْ فِضَّةً يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ) أَيْ يُسَاوِي عَشْرَةَ دَرَاهِمَ

(فَصْنَعُهُ ذَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ قُطِعَ فِيهِ) وَهُوَ ظَاهِرٌ (قَوْلُهُ وَأَصْلُهُ فِي الْعَصَبِ) يُرِيدُ أَنَّ مَا يَقْطَعُ حَقَّ الْمَعْصُوبِ مِنْهُ عَنِ الْمَعْصُوبِ مِنَ الصَّنْعَةِ يَقْطَعُ حَقَّ الْمَسْرُوقِ مِنْهُ مِنَ الْمَسْرُوقِ، وَهَذِهِ الصَّنْعَةُ تَقْطَعُ (عِنْدَهُمَا خِلَافًا لَهُ) لَهَا أَنَّ هَذِهِ الصَّنْعَةُ تُبَدِّلُ الْعَيْنَ اسْمًا وَحُكْمًا وَمَقْصُودًا، وَكُلُّ مَا كَانَ كَذَلِكَ يَنْقَطِعُ بِهِ حَقُّ الْمَالِكِ، كَمَا إِذَا كَانَ الْمَعْصُوبُ صُفْرًا فَضَرْبُهُ قَمْقَمَةً أَوْ حَدِيدًا فَجَعَلَهُ ذَرَاعًا فَإِنَّهُ يَنْقَطِعُ بِهِ حَقُّ الْمَالِكِ. وَلَهُ أَنَّ عَيْنَ الْمَسْرُوقِ بَاقٍ وَالصَّنْعَةُ الْحَادِثَةُ وَالْإِسْمُ الْحَادِثُ لَيْسَا بِلَازِمَيْنِ، فَإِنَّ إِعَادَتَهَا إِلَى الْحَالَةِ الْأُولَى مُمَكِّنَةٌ، وَالصَّنْعَةُ هَاهُنَا غَيْرُ مُتَقَوِّمَةٍ حَتَّى لَوْ كَسَرَ إِبْرِيْقَ فِضَّةٍ لَمْ يَكُنْ لِلْمَالِكِ أَخْذُهُ وَتَضْمِينُ الصَّنْعَةِ وَالْعَيْنُ الْمَسْرُوقَةُ مُتَقَوِّمَةٌ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ كَانَ اعْتِبَارُ الْبَاقِيِ الْمُتَقَوِّمِ أَوْلَى مِنَ الزَّائِلِ الْغَيْرِ الْمُتَقَوِّمِ (قَوْلُهُ فَلَمْ يَمْلِكْ عَيْنُهُ) أَيُّ عَيْنِ الْمَسْرُوقِ. وَفِي بَعْضِ النُّسخِ عَيْنُهُمَا أَيُّ عَيْنِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ. وَإِنَّمَا مَلَكَ شَيْئًا غَيْرَهُمَا فَإِنَّ الْأَعْيَانَ تَتَبَدَّلُ بِتَبَدُّلِ الصِّفَاتِ أَصْلُهُ حَدِيثُ بَرِيرَةَ.

(فَإِنْ سَرَقَ ثَوْبًا فَصَبَّغَهُ أَحْمَرَ لَمْ يُؤْخَذْ مِنْهُ الثَّوْبُ وَلَمْ يَضْمَنْ قِيَمَةَ الثَّوْبِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يُؤْخَذُ مِنْهُ الثَّوْبُ وَيُعْطَى مَا زَادَ الصَّبْغُ فِيهِ) اعْتِبَارًا بِالْعَصَبِ، وَالْجَامِعُ بَيْنَهُمَا كَوْنُ الثَّوْبِ أَصْلًا قَائِمًا وَكَوْنُ الصَّبْغِ تَابِعًا. وَلَهُمَا أَنَّ الصَّبْغَ قَائِمٌ صُورَةً وَمَعْنَى، حَتَّى لَوْ أَرَادَ أَخْذَهُ مَصْبُوغًا يَضْمَنُ مَا زَادَ الصَّبْغُ فِيهِ، وَحَقُّ الْمَالِكِ فِي الثَّوْبِ قَائِمٌ صُورَةً لَا مَعْنَى؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ غَيْرُ مَضْمُونٍ عَلَى السَّارِقِ بِالْهَلَاكِ فَرَجَحْنَا جَانِبَ السَّارِقِ، بِخِلَافِ الْعَصَبِ، لِأَنَّ حَقَّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَائِمٌ صُورَةً وَمَعْنَى فَاسْتَوَيَا مِنْ هَذَا الْوَجْهِ فَرَجَحْنَا جَانِبَ الْمَالِكِ بِمَا ذَكَّرْنَا (وَإِنْ صَبَّغَهُ أَسْوَدَ أَخَذَ مِنْهُ فِي الْمَذْهَبَيْنِ) يَعْنِي عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ هَذَا وَالْأَوَّلُ سَوَاءٌ لِأَنَّ السَّوَادَ زِيَادَةٌ عِنْدَهُ كَالْحُمْرَةِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ زِيَادَةٌ أَيْضًا كَالْحُمْرَةِ وَلَكِنَّهُ لَا يَقْطَعُ حَقَّ الْمَالِكِ، وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ السَّوَادُ نَقْصَانٌ فَلَا يُوجِبُ انْقِطَاعَ حَقِّ الْمَالِكِ.

الشرح:

وقوله (فَإِنْ سَرَقَ ثَوْبًا فَصَبَّغَهُ أَحْمَرَ) قَالَ صَاحِبُ النَّهَائَةِ: صُورَةُ الْمَسْأَلَةِ سَرَقَ ثَوْبًا فَقُطِعَ فِيهِ ثُمَّ صَبَّغَهُ أَحْمَرَ إلخ، فَإِنَّ لَفْظَ رِوَايَةِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ. مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي السَّارِقِ يَسْرِقُ الثَّوْبَ فَتَقْطَعُ يَدُهُ وَقَدْ صَبَغَ الثَّوْبَ أَحْمَرَ قَالَ: لَيْسَ

لصاحبه عليه سبيل ولا ضمان على السارق. وهذا كما ترى ليس فيه ما يدل على قوله ثم صبغه لأن الواو للحال وهي لا تدل على التعقيب، ولكن قول المصنف (ألا ترى أنه غير مضمون إلى آخره) إنما يستقيم إذا كانت صورة المسألة ما قال، وتحرير المذهبين واعتبار محمد واضح.

وقوله (ولهما) أي لأبي حنيفة وأبي يوسف (أن الصنع قائم صورة ومعنى) أما صورة فظاهر فإن الحمرة فيه محسوسة، وأما معنى فلأن المسروق منه لو أخذ الثوب مصبوغاً ضمن الصنع (وحق المالك في الثوب قائم صورة) لتمكّنه من الاسترداد (لا معنى) لأنه غير مضمون على السارق بالهلاك أو الاستهلاك، فكان جانب السارق مرجحاً كالموهوب له إذا صبغ فإن حق الواهب ينقطع عنه (بخلاف) مسألة (العصب) يعني التي اعتبر بها صورة النزاع (لأن حق كل واحد منهما قائم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه) يعني الوجود (فرجحنا جانب المالك بما ذكرنا من كون الثوب أصلاً قائماً وكون الصنع تابعاً) وإن صبغه أسود أخذ منه الثوب عند أبي حنيفة ومحمد. ولا يؤخذ عند أبي يوسف لأن السواد زيادة عنده كالحمرة، وأما عند أبي حنيفة فإن السواد عنده نقصان فلم يكن حق السارق قائماً فيه معنى (فلا يجب انقطاع حق المالك) وأما عند محمد فإن السواد وإن كان عنده أيضاً كالحمرة لكن لا ينقطع حق المالك، والله أعلم.

باب قطع الطريق

قال (وإذا خرج جماعة ممتنعين أو واحد يقدر على الامتناع فقصدوا قطع الطريق فأخذوا قبل أن يأخذوا مالا ويقتلوا نفساً حبسهم الإمام حتى يحدثوا توبة، وإن أخذوا مال مسلم أو ذمي، وأما أخذوا إذا قسم على جماعتهم أصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعداً أو ما تبلغ قيمته ذلك قطع الإمام أيديهم وأرجلهم من خلاف، وإن قتلوا ولم يأخذوا مالا قتلهم الإمام حداً) والأصل فيه قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾ (المائدة: ٣٣) الآية.

والمراد منه والله أعلم التوزيع على الأحوال وهي أربعة: هذه الثلاثة المذكورة، والرابعة نذكرها إن شاء الله تعالى ولأن الجنایات تتفاوت على الأحوال فاللائق تغلظ

الحُكْمُ بِتَغْلُظِهَا. أَمَّا الْحَبْسُ فِي الْأُولَى فَلَأَنَّهُ الْمُرَادُ بِالنَّفْسِ الْمَذْكُورِ لِأَنَّهُ نَفْسٌ عَنْ وَجْهِ الْأَرْضِ بِدَفْعِ شَرِّهِمْ عَنْ أَهْلِهَا، وَيُعَزَّرُونَ أَيْضًا لِمُبَاشَرَتِهِمْ مُنْكَرَ الْإِخَافَةِ. وَشَرَطُ الْقُدْرَةِ عَلَى الْامْتِنَاعِ؛ لِأَنَّ الْمَحَارِبَةَ لَا تَتَحَقَّقُ إِلَّا بِالْمَنْعَةِ. وَالْحَالَةُ الثَّانِيَةُ كَمَا بَيَّنَّاهَا لَمَّا تَلَوْنَاهُ. وَشَرَطُ أَنْ يَكُونَ الْمَأْخُوذُ مَالٌ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٌّ لِنُكُونِ الْعِصْمَةِ مُؤَبَّدَةً، وَلِهَذَا لَوْ قَطَعَ الطَّرِيقَ عَلَى الْمُسْتَأْمَنِ لَا يَجِبُ الْقَطْعُ. وَشَرَطُ كَمَالِ النِّصَابِ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ كَيْ لَا يُسْتَبَاحَ طَرَفُهُ إِلَّا بِتَنَاوُلِهِ مَالُهُ خَطَرًا، وَالْمُرَادُ قَطْعُ الْيَدِ الْيُمْنَى وَالرَّجُلِ الْيُسْرَى كَيْ لَا يُؤَدِّيَ إِلَى تَقْوِيَةِ جَنْسِ الْمَنْفَعَةِ. وَالْحَالَةُ الثَّلَاثَةُ كَمَا بَيَّنَّاهَا لَمَّا تَلَوْنَاهُ (وَيُقْتَلُونَ حَدًّا، حَتَّى لَوْ عَفَا الْأَوْلِيَاءُ عَنْهُمْ لَا يُلْتَفَتُ إِلَى عَفْوِهِمْ) لِأَنَّهُ حَقُّ الشَّرْعِ.

(و) الرَّابِعَةُ (إِذَا قَتَلُوا وَأَخَذُوا الْمَالَ فَالْإِمَامُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ قَطَعَ أَيْدِيَهُمْ وَأَرْجُلَهُمْ مِنْ خِلَافٍ وَقَتْلَهُمْ وَصَلَبَهُمْ، وَإِنْ شَاءَ قَتْلَهُمْ، وَإِنْ شَاءَ صَلَبَهُمْ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يُقْتَلُ أَوْ يُصَلَّبُ وَلَا يُقَطَّعُ) لِأَنَّهُ جِنَايَةٌ وَاحِدَةٌ فَلَا تُوجِبُ حَدَيْنِ، وَلَأَنَّ مَا دُونَ النَّفْسِ يَدْخُلُ فِي النَّفْسِ فِي بَابِ الْحَدِّ كَحَدِّ السَّرْقَةِ وَالرَّجْمِ. وَلَهُمَا أَنْ هَذِهِ عُقُوبَةٌ وَاحِدَةٌ تَغْلُظُ لَتَغْلُظَ سَبَبُهَا، وَهُوَ تَقْوِيَةُ الْأَمَنِ عَلَى التَّنَاضِي بِالْقَتْلِ وَأَخْذِ الْمَالِ، وَلِهَذَا كَانَ قَطْعُ الْيَدِ وَالرَّجُلِ مَعًا فِي الْكُبْرَى حَدًّا وَاحِدًا وَإِنْ كَانَا فِي الصَّغْرَى حَدَيْنِ، وَالتَّدَاخُلُ فِي الْحُدُودِ لَا فِي حَدِّ وَاحِدٍ. ثُمَّ ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ التَّخْيِيرَ بَيْنَ الصَّلْبِ وَتَرْكِهِ، وَهُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يَتْرُكُهُ لِأَنَّهُ مَنْصُوصٌ عَلَيْهِ، وَالْمَقْصُودُ التَّشْهِيرُ لِيُعْتَبَرَ بِهِ غَيْرُهُ. وَنَحْنُ نَقُولُ أَوَّلُ التَّشْهِيرِ بِالْقَتْلِ وَالْمُبَالِغَةِ بِالصَّلْبِ فَيُخَيَّرُ فِيهِ. ثُمَّ قَالَ (وَيُصَلَّبُ حَيًّا وَيُعْجَعُ بَطْنُهُ بِرُمَحٍ إِلَى أَنْ يَمُوتَ) وَمِثْلُهُ عَنِ الْكَرْخِيِّ. وَعَنِ الطُّحَاوِيِّ أَنَّهُ يُقْتَلُ ثُمَّ يُصَلَّبُ تَوْفِيًّا عَنِ الْمُثَلَّةِ. وَجَهُ الْأَوَّلِ وَهُوَ الْأَصَحُّ أَنَّ الصَّلْبَ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ أَبْلَغُ فِي الرَّدْعِ وَهُوَ الْمَقْصُودُ بِهِ. قَالَ (وَلَا يُصَلَّبُ أَكْثَرُ مِنْ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ) لِأَنَّهُ يَتَغَيَّرُ بَعْدَهَا فَيَتَأَذَى النَّاسُ بِهِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَتْرُكُ عَلَى خَشَبَةٍ حَتَّى يَتَقَطَّعَ فَيَسْقُطَ لِيُعْتَبَرَ بِهِ غَيْرُهُ. فَلَمَّا حَصَلَ الْاِعْتِبَارُ بِمَا ذَكَرْنَاهُ وَالنِّهَايَةُ غَيْرُ مَطْلُوبَةٍ.

الشرح:

(بَابُ قَطْعِ الطَّرِيقِ) اعْلَمْ أَنَّ قَطْعَ الطَّرِيقِ يُسَمَّى سَرْقَةً كُبْرَى، أَمَّا تَسْمِيَّتُهَا سَرْقَةً فَلَأَنَّ قَاطِعَ الطَّرِيقِ يَأْخُذُ الْمَالَ سِرًّا مِمَّنْ إِلَيْهِ حِفْظُ الطَّرِيقِ وَهُوَ الْإِمَامُ الْأَعْظَمُ،

كَمَا أَنَّ السَّارِقَ يَأْخُذُ الْمَالَ سِرًّا مِمَّنْ إِلَيْهِ حِفْظُ الْمَكَانِ الْمَأْخُوذِ مِنْهُ وَهُوَ الْمَالِكُ أَوْ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ، وَأَمَّا تَسْمِيَتُهَا كُتْرَى فَلَأَنَّ ضَرَرَ قَطْعِ الطَّرِيقِ عَلَى أَصْحَابِ الْأَمْوَالِ وَعَلَى عَامَّةِ الْمُسْلِمِينَ بِانْقِطَاعِ الطَّرِيقِ، وَضَرَرَ السَّرِقَةِ الصَّغْرَى يَخْصُ الْمَالِكُ بِأَخْذِ مَا لَهُمْ وَهَتْكَ حِرْزَهُمْ وَلِهَذَا غَلِظَ الْحَدَّ فِي حَقِّ قُطَاعِ الطَّرِيقِ، وَإِنَّمَا أُخْرِجَ عَنْ السَّرِقَةِ الصَّغْرَى لِأَنَّهَا أَكْثَرُ وَجُودًا مِنْهُ. قَوْلُهُ (وَإِذَا خَرَجَ جَمَاعَةٌ).

قِيلَ ذَكَرَ لَفْظَ الْجَمَاعَةِ لِيَتَنَاوَلَ الْمُسْلِمَ وَالذِّمِّيَّ وَالْحَرَبِيَّ وَالْحُرَّ وَالْعَبْدَ، وَأَرَادَ بِالْإِمْتِنَاعِ أَنْ يَكُونَ قَاطِعُ الطَّرِيقِ بِحَيْثُ يُمَكِّنُ لَهُ أَنْ يُدَافِعَ تَعَرُّضَ الْغَيْرِ عَنْ نَفْسِهِ بِقُوَّتِهِ وَشَجَاعَتِهِ، وَكَلَامُهُ وَاصِحٌّ. وَقَوْلُهُ (قَتَلَهُمْ حَدًّا) أَيُّ لَا يَسْقُطُ الْقَتْلُ بِعَفْوِ الْأَوْلِيَاءِ وَيُسَمَّى قُطَاعُ الطَّرِيقِ مُحَارَبِينَ لِأَنَّ الْمَالَ فِي الْبَرَارِيِّ مَحْفُوظٌ بِحِفْظِ اللَّهِ تَعَالَى، فَإِذَا أَخَذُوهُ عَلَى سَبِيلِ الْمُعَالَبَةِ كَانَ فِي صُورَةِ الْمُحَارَبِ (قَوْلُهُ وَالْمَرَادُ مِنْهُ وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ التَّوْزِيعِ عَلَى الْأَحْوَالِ) فِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى تَفْيِ مَذْهَبِ مَالِكٍ أَنَّ الْإِمَامَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ نَظَرًا إِلَى ظَاهِرِ كَلِمَةِ أَوْ.

وَقَوْلُهُ (وَهِيَ أَرْبَعَةٌ هَذِهِ الثَّلَاثَةُ الْمَذْكُورَةُ) يَعْنِي قَوْلُهُ فَأَخَذُوا قَبْلَ أَنْ يَأْخُذُوا مَا لَا وَيَقْتُلُوا نَفْسًا، وَقَوْلُهُ وَإِنْ أَخَذُوا مَالَ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ، وَقَوْلُهُ وَإِنْ قَتَلُوا وَلَمْ يَأْخُذُوا مَا لَا. وَالرَّابِعَةُ مَا يُذَكَّرُ بُعِيدَ هَذَا مِنَ الْقَتْلِ وَأَخْذِ الْمَالِ. وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّ الْجَنَائِاتِ تَتَفَاوَتْ عَلَى الْأَحْوَالِ) أَيُّ عَلَى حَسَبِ الْأَحْوَالِ الْوَاقِعَةِ فِي قَطْعِ الطَّرِيقِ (فَاللَّاتِثُ تَغْلُظُ الْحُكْمَ) أَيُّ الْجَزَاءِ (تَبْغُلُظُ الْجَنَائِاتِ) بِتَفَاوُتِ الْأَحْوَالِ لَا التَّخْيِيرِ لِأَنَّهُ يَسْتَلْزِمُ مُقَابَلَةَ الْجَنَائَةِ الْغَلِيظَةِ بِجَزَاءٍ خَفِيفٍ أَوْ بِالْعَكْسِ، وَهُوَ خِلَافُ مُقْتَضَى الْحِكْمَةِ، وَالْكَلَامُ فِي هَذَا الْبَحْثِ قَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي التَّقْرِيرِ مُسْتَوْفَى.

(قَوْلُهُ فَلَأَنَّهُ الْمَرَادُ بِالتَّفْيِ الْمَذْكُورِ) يَعْنِي عِنْدَنَا، فَإِنَّ الشَّافِعِيَّ يَقُولُ: الْمَرَادُ بِهِ الطَّلَبُ لِيَهْرُبُوا مِنْ كُلِّ مَوْضِعٍ، وَمَا قُلْنَاهُ أَوَّلَى لِأَنَّ الْعُقُوبَةَ بِالْحَبْسِ مَشْرُوعَةٌ وَالْأَخْذُ بِمَا يَوْجَدُ لَهُ نَظِيرٌ فِي الشَّرْعِ أَوَّلَى مِنَ الْأَخْذِ بِمَا لَا نَظِيرَ لَهُ.

(قَوْلُهُ وَشَرَطُ كَمَالِ النَّصَابِ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ إلخ) قَالَ الْحَسَنُ بْنُ زِيَادٍ: الشَّرْطُ أَنْ يَكُونَ نَصِيبُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عِشْرِينَ دِرْهَمًا فَصَاعِدًا، لِأَنَّ التَّقْدِيرَ بِالْعَشْرَةِ فِي مَوْضِعٍ كَانَ الْمُسْتَحَقُّ بِأَخْذِهَا عُضْوًا وَاحِدًا وَهَذَا هُنَا الْمُسْتَحَقُّ عُضْوَانِ، وَلَا يُقْطَعُ

عُضْوَانٍ فِي السَّرِقَةِ إِلَّا فِي عِشْرِينَ دِرْهَمًا. وَقُلْنَا: يُعْلَظُ الْحَدُّ هَاهُنَا بِاعْتِبَارِ تَغْلُظِ
فَعْلِهِمْ بِاعْتِبَارِ الْمُحَارَبَةِ وَقَطْعِ الطَّرِيقِ لَا بِاعْتِبَارِ كَثَرَةِ الْمَالِ الْمَأْخُودِ، فَبِالنَّصَابِ هَذَا
الْحَدُّ وَحَدُّ السَّرِقَةِ سَوَاءٌ. وَقَوْلُهُ (كَيْ لَا يُؤَدِّيَ إِلَى تَقْوِيَةِ جِنْسِ الْمَنْفَعَةِ) حَتَّى إِذَا كَانَتْ
يَدُهُ الْيُسْرَى شَلَاءً أَوْ مَقْطُوعَةً لَمْ تُقَطَّعْ رِجْلُهُ الْيُسْرَى، وَأَمَّا إِذَا كَانَتْ يَدُهُ الْيُمْنَى
مَقْطُوعَةً فَإِنَّهُ تُقَطَّعُ رِجْلُهُ الْيُسْرَى.

وَقَوْلُهُ (فَالْإِمَامُ بِالْخِيَارِ) حَاصِلُهُ أَنَّ الْإِمَامَ بِالْخِيَارِ فِي جَمْعِ الْعُقُوبَتَيْنِ بَيْنَ قَطْعِ
الْأَيْدِي وَالْأَرْجُلِ مَعَ الْقَتْلِ أَوْ الصَّلْبِ وَبَيْنَ الْقَتْلِ أَوْ الصَّلْبِ ابْتِدَاءً مِنْ غَيْرِ قَطْعِ
الْأَيْدِي وَالْأَرْجُلِ، وَكَذَلِكَ لِلْإِمَامِ الْخِيَارُ عِنْدَ اخْتِيَارِ تَرْكِ قَطْعِ الْأَيْدِي وَالْأَرْجُلِ بَيْنَ
الْقَتْلِ وَالصَّلْبِ، وَكَانَ الْخِيَارُ لِلْإِمَامِ فِي مَوْضِعَيْنِ، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ، وَذَكَرَ فِي
الْكِتَابِ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ مَعَهُ (وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يُقْتَلُ أَوْ يُصَلَّبُ وَلَا يُقَطَّعُ) وَذَكَرَ فِي عَامَّةِ
الرُّوَايَاتِ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ مَعَهُ (لَأَنَّهُ) أَيُّ قَطْعِ الطَّرِيقِ (جَنَائَةً وَاحِدَةً فَلَا تُوجِبُ
حَدَّيْنِ، وَلَأنَّ مَا دُونَ النَّفْسِ دَخَلَ فِي النَّفْسِ فِي بَابِ الْحَدِّ كَحَدِّ السَّرِقَةِ وَالرَّجْمِ) فَإِنَّ
السَّارِقَ إِذَا زَنَى وَهُوَ مُحْصَنٌ فَإِنَّهُ يُرْجَمُ لَا غَيْرُ لِأَنَّ الْقَتْلَ يَأْتِي عَلَى ذَلِكَ كُلِّهِ.

قَوْلُهُ (وَلَهُمَا) أَيُّ لِأَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَهُوَ ظَاهِرُ الرُّوَايَةِ (وَالْتِدَاخُلُ فِي
الْحُدُودِ لَا فِي حَدٍّ وَاحِدٍ) أَلَا تَرَى أَنَّ الْجِلْدَاتِ فِي الرِّبَا لَا تَتَدَاخَلُ. فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ
حَدًّا وَاحِدًا لَمَا جَازَ لِلْإِمَامِ أَنْ يَدَعَ الْقَطْعَ كَمَا لَمْ يَجْزُ لَهُ أَنْ يَتْرِكَ بَعْضَ الْجِلْدَاتِ.
أُجِيبَ بِأَنَّ وَلَايَةَ تَرْكِ الْقَطْعِ لَيْسَ بِطَرِيقِ التَّدَاخُلِ بَلْ لِأَنَّ مُرَاعَاةَ التَّرْتِيبِ لَيْسَتْ بِوَاجِبَةٍ
عَلَيْهِ فِي إِجْزَاءِ حَدٍّ وَاحِدٍ وَكَانَ لَهُ أَنْ يَبْدَأَ بِالْقَتْلِ لَذَلِكَ، ثُمَّ إِذَا قَتَلَهُ فَلَا فَائِدَةَ فِي
اشْتِغَالِهِ بِالْقَطْعِ بَعْدَهُ كَمَا إِذَا ضَرَبَ الزَّانِي، خَمْسِينَ جَلْدَةً فَمَاتَ فَإِنَّهُ يَتْرَكَ مَا بَقِيَ
لَأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِي إِقَامَتِهِ وَالْبَعْجُ الشَّقُّ مِنْ حَدٍّ مَنَعَ.

قَوْلُهُ (وَعَنِ الْكَرْخِيِّ مِثْلُهُ) أَيُّ مِثْلُ مَا يُقَالُ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ قَالَ: يُصَلَّبُ وَهُوَ
حَيٌّ وَيُطْعَنُ بِالرَّمْحِ حَتَّى يَمُوتَ. وَقَوْلُهُ (تَوْفِيًا عَنِ الْمِثْلَةِ) لِأَنَّهَا مِنْهِيٌّ عَنْهَا «نَهَى رَسُولُ
اللَّهِ ﷺ عَنِ الْمِثْلَةِ وَلَوْ بِالْكَلْبِ الْعَقُورِ». وَقَوْلُهُ (بِمَا ذَكَرْنَا) أَيُّ بِالصَّلْبِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ.

قَالَ (وَإِذَا قَتَلَ الْقَاطِعُ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي مَالٍ أَخَذَهُ) اعْتِبَارًا بِالسَّرِقَةِ الصَّغْرَى

وَقَدْ بَيَّنَّاهُ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا قَتَلَ الْقَاطِعَ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ) إِذَا قَتَلَ قَاطِعَ الطَّرِيقِ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي مَالٍ أَخَذَهُ كَمَا لَوْ سَرَقَ فَقَطَعَ يَدَهُ وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ.

(فَإِنْ بَاشَرَ الْقَتْلَ أَحَدُهُمْ أَجْرَى الْحَدِّ عَلَيْهِمْ بِأَجْمَعِهِمْ) لِأَنَّهُ جَزَاءُ الْمُحَارَبَةِ، وَهِيَ تَتَحَقَّقُ بِأَنْ يَكُونَ الْبَعْضُ رِدْءًا لِلْبَعْضِ حَتَّى إِذَا زَلَّتْ أَقْدَامُهُمْ انْحَاذُوا إِلَيْهِمْ، وَإِنَّمَا الشَّرْطُ الْقَتْلُ مِنْ وَاحِدٍ مِنْهُمْ وَقَدْ تَحَقَّقَ. قَالَ (وَالْقَتْلُ وَإِنْ كَانَ بَعْصًا أَوْ بِحَجَرٍ أَوْ بِسَيْفٍ فَهُوَ سَوَاءٌ) لِأَنَّهُ يَقَعُ قَطْعًا لِلطَّرِيقِ بِقَطْعِ الْمَارَّةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (الْحَاذُوا إِلَيْهِمْ) أَيِ الضُّمُّوْا.

(وَإِنْ لَمْ يَقْتُلِ الْقَاطِعُ وَلَمْ يَأْخُذْ مَالًا وَقَدْ جَرَحَ أَهْضَصَ مِنْهُ فِيمَا فِيهِ الْقِصَاصُ، وَأَخَذَ الْأَرْضَ مِنْهُ فِيمَا فِيهِ الْأَرْضُ وَذَلِكَ إِلَى الْأَوْلِيَاءِ) لِأَنَّهُ لَا حَدٌّ فِي هَذِهِ الْجِنَايَةِ فَظَهَرَ حَقُّ الْعَبْدِ وَهُوَ مَا ذَكَرْنَاهُ فَيَسْتَوْفِيهِ الْوَلِيُّ (وَإِنْ أَخَذَ مَالًا ثُمَّ جَرَحَ فَطُعِنَ يَدُهُ وَرَجُلُهُ وَبَطَلَتِ الْجِرَاحَاتُ) لِأَنَّهُ لَمَّا وَجَبَ الْحَدُّ حَقًّا لَهُ سَقَطَتْ عِصْمَةُ النَّفْسِ حَقًّا لِلْعَبْدِ كَمَا تَسْقُطُ عِصْمَةُ الْمَالِ (وَإِنْ أَخَذَ بَعْدَ مَا تَابَ وَقَدْ قَتَلَ عَمْدًا فَإِنْ شَاءَ الْأَوْلِيَاءُ قَتَلُوهُ وَإِنْ شَاءُوا عَفَوْا عَنْهُ) لِأَنَّ الْحَدَّ فِي هَذِهِ الْجِنَايَةِ لَا يُقَامُ بَعْدَ التَّوْبَةِ لِلِاسْتِثْنَاءِ الْمَذْكُورِ فِي النَّصِّ، وَلِأَنَّ التَّوْبَةَ تَتَوَقَّفُ عَلَى رَدِّ الْمَالِ وَلَا قَطْعَ فِي مِثْلِهِ، فَظَهَرَ حَقُّ الْعَبْدِ فِي النَّفْسِ وَالْمَالِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الْوَلِيُّ الْقِصَاصَ أَوْ يَعْفُو، وَيَجِبُ الضَّمَانُ إِذَا هَلَكَ فِي يَدِهِ أَوْ اسْتَهْلَكَهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ لَمْ يَقْتُلِ الْقَاطِعُ وَلَمْ يَأْخُذْ مَالًا وَقَدْ جَرَحَ) جَعَلَهُ الْإِمَامُ التُّمْرَتَاشِيُّ حَالَةً خَامِسَةً مِنْ أَحْوَالِ قُطَاعِ الطَّرِيقِ، وَالْمُصَنِّفُ لَمْ يَذْكُرْهُ فِي الْإِجْمَالِ بَلْ قَالَ هِيَ أَرْبَعَةٌ لِأَنَّ مُرَادَ الْمُصَنِّفِ الْأَحْوَالُ الَّتِي يَدُلُّ عَلَيْهَا الْأَجْزِيَةُ الْمَذْكُورَةُ فِي النَّصِّ حَدًّا وَهِيَ أَرْبَعَةٌ كَمَا ذَكَرَهُ. قَوْلُهُ (سَقَطَتْ عِصْمَةُ النَّفْسِ حَقًّا لِلْعَبْدِ كَمَا تَسْقُطُ عِصْمَةُ الْمَالِ) بِنَاءً عَلَى أَنَّ مَا دُونَ النَّفْسِ يَجْرِي مَجْرَى الْأَمْوَالِ فَكَانَ سَقُوطُ الْعِصْمَةِ فِي حَقِّ الْمَالِ سَقُوطَ الْعِصْمَةِ فِي حَقِّ الْجُرْحِ لِأَنَّ مُوجِبَ الْأَرْضِ هُوَ الْمَالُ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَسْقُطْ لَصَارَتْ شُبْهَةً فِي وُجُوبِ الْقَطْعِ؛ إِذِ الْجِنَايَةُ وَاحِدَةٌ وَهِيَ قَطْعُ الطَّرِيقِ، فَإِذَا ظَهَرَ حَقُّ الْعَبْدِ عَلِمَ

أَنَّ حَقَّ اللَّهِ لَيْسَ بِمَوْجُودٍ فِيهِ وَقَدْ ظَهَرَ حَقُّ اللَّهِ حَيْثُ وَجَبَ الْقَطْعُ. وَقَوْلُهُ (فَإِنْ شَاءَ الْأَوْلِيَاءُ قَتَلُوهُ) يَعْنِي قِصَاصًا.

وقوله (لِلْإِسْتِثْنَاءِ الْمَذْكُورِ فِي النَّصِّ) يُرِيدُ بِهِ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ﴾ [المائدة: ٣٤] الآية. وَاعْتَرَضَ بِأَنَّ قَوْلَهُ: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا﴾ هَاهُنَا نَظِيرُهُ: ﴿وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ [النور: ٤، ٥] قِيلَ: هُوَ اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ: ﴿وَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ إِذْ كُلُّ مِنْهُمَا جُمْلَتَانِ كَامِلَتَانِ عَظُمَتَا عَلَى جُمْلَتَيْنِ كَامِلَتَيْنِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ قَوْلَهُ: ﴿وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ [النور: ٤] لَا يَصْلُحُ جَزَاءً، وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي التَّقْرِيرِ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ: ﴿وَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ وَاعْتَرَضَ أَيْضًا بِأَنَّ التَّوْبَةَ مُتَوَقِّفَةٌ عَلَى أَدَاءِ الْمَالِ أَوَّلًا، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي لَا يَسْتَقِيمُ التَّغْلِيلُ بِقَوْلِهِ وَلَئِنْ التَّوْبَةَ تَتَوَقَّفُ عَلَى رَدِّ الْمَالِ، وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ كَانَ الْوَجْهَ الثَّانِي دَاخِلًا فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ فَلَا يَكُونُ عِلَّةً مُسْتَقِلَّةً، إِذْ لَا يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ الشَّيْءُ الْوَاحِدُ جُزْءَ عِلَّةٍ وَعِلَّةً مُسْتَقِلَّةً بِالنِّسْبَةِ إِلَى حُكْمٍ وَاحِدٍ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ بَعْضَ الْمَشَايِخِ ذَهَبُوا إِلَى أَنَّ الْحَدَّ يَسْقُطُ بِنَفْسِ التَّوْبَةِ وَهِيَ الْإِفْلَاقُ فِي الْحَالِ وَالْاجْتِنَابُ فِي الْمَالِ وَالتَّنَدُّمُ عَلَى مَا مَضَى وَالْعَزْمُ عَلَى أَنْ لَا يَعُودَ إِلَيْهِ أَبَدًا، وَلَمْ يَجْعَلُوا التَّوْبَةَ بِهَذَا الْمَعْنَى مُوقُوفَةً عَلَى رَدِّ الْمَالِ. وَذَهَبَ بَعْضُهُمْ إِلَى أَنَّ الْحَدَّ لَا يَسْقُطُ مَا لَمْ يَرُدَّ الْمَالُ فَجَعَلُوا الرَّدَّ مِنْ تَمَامِهَا، فَلَمُصَنَّفُ جَمَعَ بَيْنَ قَوْلِي الْمَشَايِخِ مِنْ هَذَا الطَّرِيقِ، ذَكَرَ الْاِخْتِلَافَ الْإِمَامَ الْمُحَقِّقُ فَخَرُ الْإِسْلَامِ فِي مَبْسُوطِهِ. وَقَوْلُهُ (وَلَا قَطْعَ فِي مِثْلِهِ) أَيُّ فِي مِثْلِ مَا إِذَا رَدَّ الْمَالُ إِلَى الْمَالِكِ لِأَنَّ الْخُصُومَةَ تَنْقَطِعُ بِرَدِّ الْمَالِ إِلَيْهِ وَهِيَ شَرْطُ لَوْجُوبِ الْقَطْعِ.

وقوله (فَظَهَرَ حَقُّ الْعَبْدِ) يَعْنِي لَمَّا انْتَفَى حَقُّ الشَّرْعِ وَهُوَ الْقَطْعُ بِإِتِّفَاعِ شَرْطِهِ وَهُوَ الْخُصُومَةُ بِرَدِّ الْمَالِ (ظَهَرَ حَقُّ الْعَبْدِ فِي النَّفْسِ وَالْمَالِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الْوَلِيُّ الْقِصَاصَ أَوْ يَعْفُو) وَقَوْلُهُ (وَيَجِبُ الضَّمَانُ) مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ وَلِيُّ الْقِصَاصِ. وَاعْتَرَضَ بِأَنَّ وُجُودَ الضَّمَانِ لِسُقُوطِ الْحَدِّ وَسُقُوطِ الْحَدِّ بِالتَّوْبَةِ وَالتَّوْبَةُ تَتَوَقَّفُ عَلَى رَدِّ الْمَالِ عِنْدَ بَعْضِ الْمَشَايِخِ فَكَيْفَ يُتَصَوَّرُ الْهَلَاكُ أَوْ الْاسْتِهْلَاكُ بَعْدَ الرَّدِّ إِلَى الْمَالِكِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّا نَفَرَضُ الْمَسْأَلَةَ فِيمَا إِذَا تَابَ رَدَّ بَعْضَ الْمَالِ بِأَنَّ يَرُدُّ مَالَ بَعْضِ الْمَقْطُوعِ عَلَيْهِمُ الطَّرِيقُ وَاسْتَهْلَكَ مَالَ الْبَعْضِ الْآخَرِ أَوْ هَلَكَ فِي يَدِهِ حَيْثُ نَصَحْتُ تَوْبَتَهُ وَيَجِبُ

الضَّمانُ. وَأَقُولُ: هَذَا إِنَّمَا يَتِمُّ أَنْ لَوْ كَانَتْ التَّوْبَةُ مُتَوَقَّفَةً عَلَى رَدِّ الْمَالِ فِي الْجُمْلَةِ عِنْدَ الْقَائِلِينَ بِذَلِكَ، فَأَمَّا إِذَا كَانَتْ مُتَوَقَّفَةً عَلَى رَدِّ جَمِيعِ الْأَمْوَالِ فَلَا يَتِمُّ، وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ هَذَا الْوَضْعُ إِنَّمَا هُوَ عَلَى قَوْلِ الْبَعْضِ الْآخَرِ مِنَ الْمَشَايخِ.

(وَإِنْ كَانَ مِنَ الْقِطَاعِ صَبِيٌّ أَوْ مَجْنُونٌ أَوْ ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنَ الْمَقْطُوعِ عَلَيْهِ سَقَطَ الْحَدُّ عَنِ الْبَاقِينَ) فَالْمَذْكُورُ فِي الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَزُفَرٍ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَوْ بَاشَرَ الْعُقْلَاءُ يُحَدُّ الْبَاقُونَ وَعَلَى هَذَا السَّرِقَةُ الصَّغْرَى. لَهُ أَنْ الْمُبَاشِرَ أَصْلًا، وَالرَّدُّ تَابِعٌ وَلَا خَلَلَ فِي مُبَاشَرَةِ الْعَاقِلِ وَلَا اعْتِبَارَ بِالْخَلَلِ فِي التَّبَعِ، وَفِي عَكْسِهِ يَنْعَكِسُ الْمَعْنَى وَالْحُكْمُ. وَلَهُمَا أَنَّهُ جِنَايَةٌ وَاحِدَةٌ قَامَتْ بِالْكَلِّ، فَإِذَا لَمْ يَقَعْ فِعْلٌ بَعْضُهُمْ مُوجِبًا كَانَ فِعْلُ الْبَاقِينَ بَعْضُ الْعِلَّةِ وَبِهِ لَا يَثْبُتُ الْحُكْمُ فَصَارَ كَالْخَاطِئِ مَعَ الْعَامِدِ. وَأَمَّا ذُو الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ فَقَدْ قِيلَ تَأْوِيلُهُ إِذَا كَانَ الْمَالُ مُشْتَرَكًا بَيْنَ الْمَقْطُوعِ عَلَيْهِمْ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ مُطْلَقٌ لِأَنَّ الْجِنَايَةَ وَاحِدَةً عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ فَلَا مِتْنَاعَ فِي حَقِّ الْبَعْضِ يُوجِبُ الْامْتِنَاعَ فِي حَقِّ الْبَاقِينَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ فِيهِمْ مُسْتَأْمَنٌ؛ لِأَنَّ الْامْتِنَاعَ فِي حَقِّهِ لَخَلَلٍ فِي الْعِصْمَةِ وَهُوَ يَخْصُهُ، أَمَّا هُنَا الْامْتِنَاعُ لَخَلَلٍ فِي الْحِرْزِ، وَالْقَافِلَةُ حِرْزٌ وَاحِدٌ (وَإِذَا سَقَطَ الْحَدُّ صَارَ الْقَتْلُ إِلَى الْأَوْلِيَاءِ) لظُهُورِ حَقِّ الْعَبْدِ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ (فَإِنْ شَاءُوا قَتَلُوا وَإِنْ شَاءُوا عَفَوْا).

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَفِي عَكْسِهِ يَنْعَكِسُ الْمَعْنَى وَالْحُكْمُ) يَعْنِي إِذَا بَاشَرَ غَيْرُ الْعُقْلَاءِ صَارَ الْخَلَلُ فِي الْأَصْلِ، وَلَهُ الْاعْتِبَارُ فَلَا يَجِبُ الْحَدُّ عَلَى الْكُلِّ. وَقَوْلُهُ (فَصَارَ كَالْخَاطِئِ مَعَ الْعَامِدِ) يَعْنِي إِذَا رَمَى بِسَهْمٍ إِلَى إِنْسَانٍ عَمْدًا وَرَمَاهُ آخَرُ خَطَأً وَأَصَابَهُ السَّهْمَانِ مَعًا وَمَاتَ مِنْهُمَا فَلَا يَجِبُ الْقِصَاصُ عَلَى الْعَامِدِ لِأَنَّ الْفِعْلَ وَاحِدًا فَيَكُونُ فِعْلُ الْخَاطِئِ شُبْهَةً فِي حَقِّ الْعَامِدِ. وَقَوْلُهُ (فَقَدْ قِيلَ تَأْوِيلُهُ) ذَهَبَ أَبُو بَكْرٍ الرَّازِيُّ إِلَى أَنَّ الْمَسْأَلَةَ مَحْمُولَةٌ عَلَى مَا إِذَا كَانَ الْمَالُ مُشْتَرَكًا بَيْنَ الْمَقْطُوعِ عَلَيْهِمْ، وَفِي قِطَاعِ الطَّرِيقِ ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْ أَحَدِهِمْ فَإِنَّهُ لَا يَجِبُ الْحَدُّ عَلَى الْبَاقِينَ لِأَنَّ الْمَأْخُوذَ شَيْءٌ وَاحِدٌ؛ فَإِذَا امْتَنَعَ عَنْ أَحَدِهِمْ بِسَبَبِ الْقَرَابَةِ امْتَنَعَ عَنِ الْبَاقِينَ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مَالٌ مُفْرَدٌ فَالْحَدُّ يَجْرِي عَلَيْهِمْ لِأَنَّ الْأَخْذَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ لَا تَعْلُقُ لَهُ بَغِيرُهُ، كَمَا لَوْ سَرَقُوا مِنْ حِرْزِ ذِي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ مِنْ أَحَدِهِمْ مَالًا وَمِنْ حِرْزِ أَجَنِّيٍّ مَالًا آخَرَ،

بِخِلَافِ مَا إِذَا سَرَقُوا مِنْ حِرْزِ ذِي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ مَالَهُ وَمَالَ غَيْرِهِ لِأَنَّ الشُّبْهَةَ هُنَاكَ فِي الْحِرْزِ وَلَا مُعْتَبَرٌ بِالْحِرْزِ فِي قَطْعِ الطَّرِيقِ فَكُلُّ وَاحِدٍ حَافِظٌ لِمَالِهِ (وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ مُطْلَقٌ) أَيْ لَيْسَ بِمُقَيَّدٍ بِكَوْنِ الْمَالِ مُشْتَرَكًا (لِأَنَّ الْجِنَايَةَ وَاحِدَةٌ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ) لِأَبِي حَنِيفَةَ وَزَفَرَ (فَالْاِمْتِنَاعُ فِي حَقِّ الْبَعْضِ يُوجِبُ الْاِمْتِنَاعَ فِي حَقِّ الْبَاقِينَ) بِخِلَافِ السَّرْقَةِ مِنْ حِرْزٍ ثُمَّ مِنْ حِرْزٍ آخَرَ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْفِعْلَيْنِ يَنْفَصِلُ عَنِ الْآخَرِ حَقِيقَةً وَحُكْمًا.

وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ فِيهِمْ مُسْتَأْمَنٌ) جَوَابُ سُؤَالِ تَقْدِيرِهِ قَطْعُ الطَّرِيقِ عَلَى الْمُسْتَأْمَنِ لَا يُوجِبُ الْحَدَّ كَالْقَطْعِ عَلَى ذِي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ، ثُمَّ وَجُودُ هَذَا فِي الْقَافِلَةِ يُسْقِطُ الْحَدَّ فَيَنْبَغِي أَنْ يَسْقُطَ وَجُودُ الْمُسْتَأْمَنِ فِيهِمْ أَيْضًا.

وَتَقْرِيرُ الْجَوَابِ (أَنَّ الْاِمْتِنَاعَ فِي حَقِّ الْمُسْتَأْمَنِ لِحُلُلٍ فِي الْعِصْمَةِ وَهُوَ) أَيْ الْحُلُّ (يَخْصُ الْمُسْتَأْمَنَ) فَلَا يَصِيرُ شُبْهَةً لِأَنَّ الشُّبْهَةَ فِي غَيْرِ الْحِرْزِ لَا تُؤَثِّرُ فِي الَّذِي لَا شُبْهَةَ فِيهِ كَمَا إِذَا سَرَقَ الْخَمْرَ وَعَشْرَةَ دَرَاهِمَ، وَأَمَّا وَجُودُ ذِي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ مِنْ قُطَاعِ الطَّرِيقِ فَيُورِثُ شُبْهَةً فِي الْحِرْزِ؛ لِأَنَّ الْقَافِلَةَ بِمَنْزِلَةِ بَيْتٍ وَاحِدٍ فَكَانَ هَذَا كَقَرِيبِ سَرَقَ مَالِ الْقَرِيبِ وَمَالَ الْأَجَنَبِيِّ مِنْ بَيْتِ الْقَرِيبِ فَإِنَّهُ لَا يُقْطَعُ لَشُبْهَةِ تَمَكَّنَتْ فِي الْحِرْزِ.

(وَإِذَا قُطِعَ بَعْضُ الْقَافِلَةِ الطَّرِيقِ عَلَى الْبَعْضِ لَمْ يَجِبِ الْحَدُّ) لِأَنَّ الْحِرْزَ وَاحِدٌ فَصَارَتْ الْقَافِلَةُ كَذَارٍ وَاحِدَةٍ .

(وَمَنْ قَطَعَ الطَّرِيقَ لَيْلًا أَوْ نَهَارًا فِي الْمِصْرِ أَوْ بَيْنَ الْكُوفَةِ وَالْحِيرَةِ فَلَيْسَ بِقَاطِعِ الطَّرِيقِ) اسْتِحْسَانًا. وَفِي الْقِيَاسِ يَكُونُ قَاطِعَ الطَّرِيقِ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ لَوْجُودِهِ حَقِيقَةً. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَجِبُ الْحَدُّ إِذَا كَانَ خَارِجَ الْمِصْرِ إِنْ كَانَ بِقُرْبِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَلْحَقُهُ الْغَوْتُ. وَعَنْهُ إِنْ قَاتَلُوا نَهَارًا بِالسَّلَاحِ أَوْ لَيْلًا بِهِ أَوْ بِالخَسْبِ فَهُمْ قَاطِعُ الطَّرِيقِ لِأَنَّ السَّلَاحَ لَا يَلْبَثُ وَالْغَوْتُ يَبْطِئُ بِاللَّيَالِي، وَتَحْنُ نَقُولُ: إِنْ قَطَعَ الطَّرِيقَ بِقُطْعِ الْمَارَةِ وَلَا يَتَحَقَّقُ ذَلِكَ فِي الْمِصْرِ وَيَقْرُبُ مِنْهُ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ لِحُقُوقِ الْغَوْتُ، إِلَّا أَنَّهُمْ يُؤْخَذُونَ بِرَدِّ الْمَالِ أَيْضًا لَا لِلْحَقِّ إِلَى الْمُسْتَحَقِّ، وَيُؤَدَّبُونَ وَيُحْبَسُونَ لِارْتِكَابِهِمُ الْجِنَايَةَ، وَلَوْ قَتَلُوا فَلَا أَمْرَ فِيهِ إِلَى الْأَوْلِيَاءِ لَمَّا بَيَّنَّا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ قَطَعَ الطَّرِيقَ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَلَا يَتَحَقَّقُ ذَلِكَ فِي الْمِصْرِ وَبِقُرْبِ

منه) قَدَرُ الْبُعْدِ بَيْنَ الْمَصْرَيْنِ وَبَيْنَ الْقُطَاعِ مَسِيرَةُ سَفَرٍ فِي ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا يَبِينَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لَطُحُورِ حَقِّ الْعَبْدِ.

(وَمَنْ خَنَقَ رَجُلًا حَتَّى قَتَلَهُ فَالْدِيَّةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَهِيَ مَسْأَلَةُ الْقَتْلِ بِالْمُنْتَقِلِ، وَسُتَبِينُ فِي بَابِ الدِّيَاتِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى (وَإِنْ خَنَقَ فِي الْمِصْرِ غَيْرَ مَرَّةٍ قُتِلَ بِهِ)؛ لِأَنَّهُ صَارَ سَاعِيًا فِي الْأَرْضِ بِالْفَسَادِ فَيُدْفَعُ شَرُّهُ بِالْقَتْلِ، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ خَنَقَ رَجُلًا) بِالتَّخْفِيفِ مِنْ خَنَقَهُ إِذَا عَصَرَ حَلَقَهُ، وَالْخِنَاقُ فَاعِلُهُ وَمَصْدَرُهُ الْخِنَقُ بِكَسْرِ التَّوْنِ وَلَا يُقَالُ بِالسُّكُونِ، كَذَا عَنْ الْفَارَابِيِّ.

كِتَابُ السَّيْرِ

السَّيْرُ جَمْعُ سِيرَةٍ، وَهِيَ الطَّرِيقَةُ فِي الْأُمُورِ، وَفِي الشَّرْعِ تَخْتَصُّ بِسَيْرِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي مَغَازِيهِ.

الشرح:

كِتَابُ السَّيْرِ

قَدَّمَ الْحُدُودَ عَلَى السَّيْرِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حَسَنٌ لِمَعْنَى فِي غَيْرِهِ، وَذَلِكَ الْغَيْرُ يَتَأَدَّى بِفِعْلِ الْمَأْمُورِ بِهِ إِلَّا أَنَّ الْحُدُودَ مُعَامَلَةٌ مَعَ الْمُسْلِمِينَ غَالِبًا أَوْ عَلَى الْخُصُوصِ فِي حَدِّ الشُّرْبِ. وَفِي السَّيْرِ الْمُعَامَلَةُ مَعَ الْكُفَّارِ وَتَقْدِيمُ مَا بِالْمُسْلِمِينَ أُولَى (وَالسَّيْرُ جَمْعُ سِيرَةٍ) وَهِيَ فِعْلَةٌ مِنَ السَّيْرِ (وَهِيَ الطَّرِيقَةُ فِي الْأُمُورِ. وَفِي الشَّرْعِ تَخْتَصُّ بِسَيْرِ النَّبِيِّ ﷺ فِي مَغَازِيهِ) قَالَ فِي الْمَغْرِبِ: أَصْلُ السَّيْرِ حَالَةُ السَّيْرِ، إِلَّا أَنَّهَا غَلَبَتْ فِي لِسَانِ الشَّرْعِ عَلَى أُمُورِ الْمَغَازِي وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهَا كَالْمَنَاسِكِ عَلَى أُمُورِ الْحَجِّ، وَالْمَغَازِي جَمْعُ الْمَغْرَاةِ مِنْ غَزَوَاتِ الْعَدُوِّ قَصْدَتَهُ لِلْقِتَالِ، وَهِيَ الْغَزْوَةُ وَالْغَزَاةُ وَالْمَغْرَاةُ.

قَالَ (الْجِهَادُ فَرَضٌ عَلَى الْكِفَايَةِ إِذَا قَامَ بِهِ فَرِيقٌ مِنَ النَّاسِ سَقَطَ عَنِ الْبَاقِينَ) أَمَّا الْفَرْضِيَّةُ فَلَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ﴾ [التوبة: ٥] وَلَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الْجِهَادُ مَاضٍ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ»^(١) وَأَرَادَ بِهِ فَرَضًا بَاقِيًا، وَهُوَ فَرَضٌ عَلَى الْكِفَايَةِ؛ لِأَنَّهُ مَا فُرِضَ لِعَيْنِهِ إِذْ هُوَ أَهْسَادُ فِي نَفْسِهِ، وَإِنَّمَا فُرِضَ لِإِعْزَازِ دِينِ اللَّهِ وَدَفْعِ الشَّرِّ عَنِ الْعِبَادِ، فَإِذَا حَصَلَ الْمُقْصُودُ بِالْبَعْضِ سَقَطَ عَنِ الْبَاقِينَ كَصَلَاةِ الْجَنَازَةِ وَرَدِّ السَّلَامِ (فَإِنْ لَمْ يَقُمْ بِهِ أَحَدٌ أَثِمَ جَمِيعُ النَّاسِ بِتَرْكِهِ) لِأَنَّ الْوُجُوبَ عَلَى الْكُلِّ، وَلَئِنْ فِي اشْتِغَالِ الْكُلِّ بِهِ قَطَعَ مَادَّةُ الْجِهَادِ مِنَ الْكُرَاعِ وَالسَّلَاحِ فَيَجِبُ عَلَى الْكِفَايَةِ (إِلَّا أَنْ يَكُونَ النُّفِيرُ عَامًا) فَحِينَئِذٍ يَصِيرُ مِنَ فُرُوضِ الْأَعْيَانِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿أَنْفِرُوا خِفَافًا وَثِقَالًا﴾ [التوبة: ٤١] الْآيَةُ.

وَقَالَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: الْجِهَادُ وَاجِبٌ إِلَّا أَنَّ الْمُسْلِمِينَ فِي سَعَةٍ حَتَّى يُحْتَاجَ إِلَيْهِمْ، فَأَوَّلُ هَذَا الْكَلَامِ إِشَارَةٌ إِلَى الْوُجُوبِ عَلَى الْكِفَايَةِ وَآخِرُهُ إِلَى النُّفِيرِ الْعَامِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْمُقْصُودَ عِنْدَ ذَلِكَ لَا يَتَحَصَّلُ إِلَّا بِإِقَامَةِ الْكُلِّ فَيَفْتَرَضُ عَلَى الْكُلِّ (وَقِتَالُ الْكُفَّارِ وَاجِبٌ) وَإِنْ لَمْ يَبْدُءُوا لِلْعُمُومَاتِ.

(١) أخرجه أبو داود (٢٥٣٢)، وانظر نصب الراية (٥٨٢/٣).

الشرح:

قَالَ (الْجِهَادُ فَرَضٌ عَلَى الْكِفَايَةِ) قِيلَ: الْجِهَادُ هُوَ الدُّعَاءُ إِلَى الدِّينِ الْحَقِّ وَالْقِتَالُ مَعَ مَنْ امْتَنَعَ عَنِ الْقَبُولِ بِالنَّفْسِ وَالْمَالِ. وَسَبَبُهُ كَوْنُ الْكُفَّارِ حَرْبًا عَلَيْنَا، وَهُوَ فَرَضٌ كِفَايَةٌ (إِذَا قَامَ بِهِ فَرِيقٌ مِنَ النَّاسِ سَقَطَ عَنِ الْبَاقِينَ. أَمَّا الْفَرَضِيَّةُ فَلَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ﴾ [التوبة: ٥]) وَهُوَ دَلِيلٌ قَطْعِيٌّ فِيْفِيدُ الْفَرَضِيَّةَ وَلَقَوْلُهُ ﷺ: «الْجِهَادُ مَاضٍ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ» أَيُّ نَافِذٌ، مِنْ مَضَى فِي الْأَرْضِ مُضِيًّا إِذَا تَفَدَّ. فَإِنْ قِيلَ: كَيْفَ يَصِحُّ التَّمَسُّكُ عَلَى دَعْوَى الْفَرَضِيَّةِ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ.

أُجِيبَ بِأَنَّ خَبَرَ الْوَاحِدِ إِذَا تَأَيَّدَ بِالْحُجَّةِ الْقَطْعِيَّةِ صَحَّ إِضَافَةُ الْفَرَضِيَّةِ إِلَيْهِ، وَهَاهُنَا تَأَيَّدَ هَذَا الْحَدِيثُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَاقْتُلُوا﴾ وَبِالْإِجْمَاعِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لَأَنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّهُ إِذَا تَأَيَّدَ بِالْقَطْعِيِّ أَفَادَ الْفَرَضِيَّةَ، فَإِنَّ الْفَرَضِيَّةَ حَيْثُ تَكُونُ ثَابِتَةً بِذَلِكَ الْقَطْعِيِّ لَا بِخَبَرِ الْوَاحِدِ. وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ: الْخَبَرُ لَمْ يَذْكُرْهُ لِلدَّلَالَةِ عَلَى الْفَرَضِيَّةِ بَلْ لِيَبَانَ دَوَامُهُ وَبَقَائُهُ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ؛ فَإِنَّ الدَّلَائِلَ الْقَطْعِيَّةَ فِي الْبَابِ لَيْسَ فِيهَا مَا يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ، وَخَبَرُ الْوَاحِدِ جَازٍ أَنْ يَكُونَ بَيِّنًا لَمَّا احْتَمَلَهُ النَّصُّ (وَأَمَّا كَوْنُهُ فَرَضًا عَلَى الْكِفَايَةِ فَلَاكِنَّهُ مَا فَرَضَ لَعَيْنِهِ لِكَوْنِهِ إِفْسَادًا فِي نَفْسِهِ) بِتَخْرِيبِ الْبِلَادِ وَإِفْنَاءِ الْعِبَادِ، لَكِنْ (لَا عِزَّازَ دِينِ اللَّهِ وَدَفَعَ الشَّرَّ عَنْ الْعِبَادِ فَإِذَا حَصَلَ الْمَقْصُودُ بِالْبَعْضِ سَقَطَ عَنِ الْبَاقِينَ كَصَلَاةِ الْجَنَازَةِ وَرَدُّ السَّلَامِ) وَالْمُرَادُ بِكِرَاعِ الْخَيْلِ. وَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿أَنْفِرُوا خِفَافًا وَثِقَالًا﴾ [التوبة: ٤١] أَيُّ رُكْبَانًا وَمُشَانَةً أَوْ شُبَّانًا وَشُيُوخًا أَوْ مَهَازِيلَ وَسِمَانًا أَوْ صِحَاحًا وَمَرَاضًا.

وَاعْتَرِضَ بِأَنَّ قَوْلَهُ تَعَالَى: ﴿أَنْفِرُوا خِفَافًا وَثِقَالًا﴾ عَامٌّ فَمَا وَجْهَ تَقْيِيدِهِ بِالتَّنْفِيرِ الْعَامِّ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ رَفَعَ الْحَرَجَ؛ وَلِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يَخْرُجُ مَعَ تَخْلُفٍ كَثِيرٍ مِنْ أَهْلِ الْمَدِينَةِ، فَعَلِمَ بِذَلِكَ اخْتِصَاصُهُ بِالتَّنْفِيرِ الْعَامِّ، وَلِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ: ﴿لَا يَسْتَوِي الْقَاعِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ﴾ [النساء: ٩٥] إِلَى قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَكُلًّا وَعَدَ اللَّهُ الْحُسْنَى﴾ [النساء: ٩٥] وَجْهَ الاسْتِدْلَالِ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى وَعَدَ الْقَاعِدِينَ عَنِ الْجِهَادِ الْحُسْنَى، وَلَوْ كَانَ الْجِهَادُ فَرَضَ عَيْنٍ لَاسْتَحَقَّ الْقَاعِدُ الْوَعْدَ لَا الْوَعْدَ. ثُمَّ الْجِهَادُ يَصِيرُ فَرَضَ عَيْنٍ عِنْدَ التَّنْفِيرِ الْعَامِّ عَلَى مَنْ يَقْرَبُ مِنَ الْعَدُوِّ وَهُوَ يَقْدَرُ عَلَيْهِ، وَأَمَّا مَنْ وَرَاءَهُمْ فَلَا يَكُونُ فَرَضًا عَلَيْهِمْ إِلَّا إِذَا أُحْصِيَ إِلَيْهِمْ، إِمَّا لِعَجْزِ الْقَرِيبِ عَنِ الْمُقَاوَمَةِ مَعَ الْعَدُوِّ، وَإِمَّا

للتكاسل فحينئذ يُفرضُ على مَنْ يَليهِمْ ثُمَّ وَثُمَّ إِلَى أَنْ يُفْتَرَضَ عَلَى جَمِيعِ أَهْلِ الْإِسْلَامِ شَرْقًا وَغَرْبًا عَلَى هَذَا التَّدْرِيجِ.

وَقَوْلُهُ (فَأَوَّلُ هَذَا الْكَلَامِ إِشَارَةٌ إِلَى الْوُجُوبِ عَلَى الْكُفَايَةِ) أَرَادَ بِالْأَوَّلِ قَوْلَهُ رَحِمَهُ اللَّهُ: الْجِهَادُ وَاجِبٌ، إِلَّا أَنَّ الْمُسْلِمِينَ فِي سَعَةٍ، إِذِ الْاسْتِثْنَاءُ تَكَلَّمَ بِالْبَاقِي بَعْدَ الثَّنَاءِ فَكَانَ فِي مَحْمُوعِ الْمُسْتَثْنَى وَالْمُسْتَثْنَى مِنْهُ إِشَارَةٌ إِلَى ذَلِكَ (وَأَخْرَجَهُ) وَهُوَ قَوْلُهُ حَتَّى يَحْتَاجَ إِلَيْهِمْ إِلَى التَّغْيِيرِ الْعَامِّ. قَالَ (وَقِتَالُ الْكُفَّارِ) الَّذِينَ امْتَنَعُوا عَنِ الْإِسْلَامِ وَأَذَاءِ الْجُزْيَةِ (وَاجِبٌ وَإِنْ لَمْ يَبْدُؤُوا بِالْقِتَالِ لِلْعُمُومَاتِ) الْوَارِدَةِ فِي ذَلِكَ كَقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ﴾ [التوبة: ٥] ﴿وَقَتِّلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ﴾ [البقرة: ١٩٣] ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِتَالُ﴾ [البقرة: ٢١٦] وَغَيْرُهَا. فَإِنْ قِيلَ الْعُمُومَاتُ مُعَارَضَةٌ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَإِنْ قَتَلْتُمُوهُمْ فَاقْتُلُوهُمْ﴾ [البقرة: ١٩١] فَإِنَّهُ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ قِتَالَ الْكُفَّارِ إِنَّمَا يَجِبُ إِذَا بَدَؤُوا بِالْقِتَالِ. أَجِيبُ بِأَنَّهُ مَنْسُوخٌ، وَيَبَيِّنُهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ فِي الْإِبْتِدَاءِ مَأْمُورًا بِالصَّفْحِ وَالْإِعْرَاضِ عَنِ الْمُشْرِكِينَ بِقَوْلِهِ: ﴿فَاصْفَحْ الصَّفْحَ الْجَمِيلَ﴾ [الحجر: ٨٥] ﴿وَأَعْرِضْ عَنِ الْمُشْرِكِينَ﴾ [الأنعام: ١٠٦] ثُمَّ أُمِرَ بِاللُّدْعَاءِ إِلَى الدِّينِ بِالْمَوْعِظَةِ وَالْمُجَادَلَةِ بِالْأَخْسَنِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحُكْمَةِ﴾ [النحل: ١٢٥] الْآيَةُ ثُمَّ أُذِنَ بِالْقِتَالِ إِذَا كَانَتْ الْبِدَاءَةُ مِنْهُمْ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿أُذِنَ لِلَّذِينَ يُقَتِّلُونَ﴾ [الحج: ٣٩] الْآيَةُ، وَبِقَوْلِهِ: ﴿فَإِنْ قَتَلْتُمُوهُمْ فَاقْتُلُوهُمْ﴾ ثُمَّ أُمِرَ بِالْقِتَالِ ابْتِدَاءً فِي بَعْضِ الْأَرْزَمَانِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَإِذَا أَنْسَلَخَ الْأَشْهُرَ الْحُرُمَ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ﴾ [التوبة: ٥] الْآيَةُ، ثُمَّ أُمِرَ بِالْبِدَاءَةِ بِالْقِتَالِ مُطْلَقًا فِي الْأَرْزَمَانِ كُلِّهَا وَفِي الْأَمَاكِنِ بِأَسْرِهَا فَقَالَ تَعَالَى: ﴿وَقَتِّلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ﴾ [البقرة: ١٩٣] الْآيَةُ ﴿قَتِّلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾ [التوبة: ٢٩] الْآيَةُ.

(وَلَا يَجِبُ الْجِهَادُ عَلَى صَبِيٍّ؛ لِأَنَّ الصَّبَا مَظْنُتُهُ الْمَرْحَمَةُ (وَلَا عَبْدٍ وَلَا امْرَأَةً) التَّقْدِيمُ حَقُّ الْمَوْلَى وَالزَّوْجِ (وَلَا أَعْمَى وَلَا مُقْعِدٍ وَلَا أَقْطَعَ لِعَجْزِهِمْ، فَإِنْ هَجَمَ الْعَدُوُّ عَلَى بَلَدٍ وَجَبَ عَلَى جَمِيعِ النَّاسِ الدَّفْعُ تَخْرُجُ الْمَرْأَةُ بِغَيْرِ إِذْنِ زَوْجِهَا وَالْعَبْدُ بِغَيْرِ إِذْنِ الْمَوْلَى) لِأَنَّهُ صَارَ فَرَضَ عَيْنٍ، وَمِلْكُ الْيَمِينِ وَرِقُّ النِّكَاحِ لَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ فُرُوضِ الْأَعْيَانِ كَمَا فِي الصَّلَاةِ وَالصَّوْمِ، بِخِلَافِ مَا قَبْلَ التَّغْيِيرِ؛ لِأَنَّ بَغْيَهُمَا مَقْنَعًا فَلَا ضَرُورَةَ إِلَى إِبْطَالِ حَقِّ الْمَوْلَى وَالزَّوْجِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا يَجِبُ الْجِهَادُ عَلَى صَبِيٍّ ظَاهِرٌ).

(وَيُكْرَهُ الْجُعْلُ مَا دَامَ لِلْمُسْلِمِينَ فِيَّ) لِأَنَّهُ يُشَبَّهُ الْأَجْرَ، وَلَا ضَرُورَةَ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّ مَالَ بَيْتِ الْمَالِ مُعَدٌّ لِنَوَائِبِ الْمُسْلِمِينَ. قَالَ (فَإِذَا لَمْ يَكُنْ فَلَا بَأْسَ بِأَنْ يُقَوِّيَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا) لِأَنَّ فِيهِ دَفْعَ الضَّرَرِ الْأَعْلَى بِالْحَاقِّ الْأَدْنَى، يُؤَيِّدُهُ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَخَذَ دُرُوعًا مِنْ صَفْوَانٍ» ^(١) وَعُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ كَانَ يُغْزِي الْأَعْرَبَ عَنْ ذِي الْحَلِيلَةِ، وَيُعْطِي الشَّاخِصَ فَرَسَ الْقَاعِدِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَيُكْرَهُ الْجُعْلُ مَا دَامَ لِلْمُسْلِمِينَ فِيَّ) أَرَادَ بِالْجُعْلِ مَا يَضْرِبُهُ الْإِمَامُ لِلْعَزَاةِ عَلَى النَّاسِ بِمَا يَتَقَوَّى بِهِ الَّذِينَ يَخْرُجُونَ إِلَى الْجِهَادِ (لَأَنَّهُ يُشَبَّهُ الْأَجْرَةَ) وَحَقِيقَةُ الْأَجْرَةِ حَرَامٌ فَمَا يُشَبَّهُ الْأَجْرَةَ يَكُونُ مَكْرُوهًا. وَقَوْلُهُ (يُغْزِي الْأَعْرَبَ) يُقَالُ أَغْزَى الْأَمِيرُ الْجَيْشَ إِذَا بَعَثَهُ إِلَى الْعَدُوِّ، وَيُقَالُ رَجُلٌ عَزَبَ بِالتَّخْرِيكِ لَمَنْ لَا زَوْجَ لَهُ، وَجَاءَ فِي الْحَدِيثِ «وَهُوَ شَابٌّ أَعْرَبٌ» وَالشُّخُوصُ الذَّهَابُ مِنْ بَلَدٍ إِلَى بَلَدٍ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ كَيْفِيَّةِ الْقِتَالِ

(وَإِذَا دَخَلَ الْمُسْلِمُونَ دَارَ الْحَرْبِ فَحَاصَرُوا مَدِينَةً أَوْ حِصْنَ دَعَوْهُمْ إِلَى الْإِسْلَامِ) مَا رَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ مَا قَاتَلَ قَوْمًا حَتَّى دَعَاهُمْ إِلَى الْإِسْلَامِ» ^(٢) قَالَ (فَإِنْ أَجَابُوا كَفُّوا عَنْ قِتَالِهِمْ) لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ، وَقَدْ قَالَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «أَمِرْتُ أَنْ أَقَاتِلَ النَّاسَ حَتَّى يَقُولُوا لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ» ^(٣) الْحَدِيثُ.

(وَإِنْ امْتَنَعُوا دَعَوْهُمْ إِلَى آدَاءِ الْجِزْيَةِ) بِهِ أَمْرُ رَسُولِ اللَّهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَمْرَاءَ الْجِيُوشِ، وَلَأَنَّهُ أَحَدٌ مَا يَنْتَهِي بِهِ الْقِتَالُ عَلَى مَا نَطَقَ بِهِ النَّصُّ، وَهَذَا فِي حَقِّ مَنْ تُقْبَلُ مِنْهُ الْجِزْيَةُ، وَمَنْ لَا تُقْبَلُ مِنْهُ كَالْمُرْتَدِّينَ وَعَبْدَةِ الْأَوْثَانِ مِنَ الْعَرَبِ لَا فَائِدَةَ فِي

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٦٢)، والنسائي في الكبرى (٥٧٧٩)، وأحمد (٤٠١/٣)، وانظر نصب الراية (٥٨٣/٣).

(٢) أخرجه أحمد (٢٣١/١، ٢٣٦)، والحاكم (١٥/١)، وانظر نصب الراية (٥٨٤/٣).

(٣) أخرجه البخاري في الزكاة باب ١، ٦٣، ومسلم في الإيمان (٣٣) عن أبي هريرة، وانظر نصب الراية (٥٨٥/٣).

دُعَائِهِمْ إِلَى قَبُولِ الْجِزْيَةِ لِأَنَّهُ لَا يَقْبَلُ مِنْهُمْ إِلَّا الْإِسْلَامُ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿تَقْتُلُوهُمْ أَوْ يُسْلِمُونَ﴾ [الفتح: ١٦] (فَإِنْ بَذَلُوهَا فَلَهُمْ مَا لِلْمُسْلِمِينَ وَعَلَيْهِمْ مَا عَلَى الْمُسْلِمِينَ) لِقَوْلِ عَلِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: إِنَّمَا بَذَلُوا الْجِزْيَةَ لِيَكُونَ دِمَاؤُهُمْ كَدِمَانِنَا وَأَمْوَالُهُمْ كَأَمْوَالِنَا، وَالْمَرَادُ بِالْبَذْلِ الْقَبُولُ وَكَذَا الْمَرَادُ بِالْإِعْطَاءِ الْمَذْكُورِ فِيهِ فِي الْقُرْآنِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ

الشرح:

(بَابُ كَيْفِيَّةِ الْقِتَالِ): لَمَّا كَانَ الْأَمْرُ الْأَوَّلُ مِنْ بَابِ الْجِهَادِ الْقِتَالُ بَدَأَ بَيَانِ كَيْفِيَّتِهِ وَالْمَدِينَةُ مَعْرُوفَةٌ وَالْحِصْنُ بِكَسْرِ الْحَاءِ كُلُّ مَكَانٍ مَحْمِيٍّ مُحَرَّرٍ لَا يَتَوَصَّلُ إِلَى مَا فِي جَوْفِهِ فَالْمَدِينَةُ أَكْبَرُ مِنَ الْحِصْنِ (قَوْلُهُ دَعَوْهُمْ إِلَى الْإِسْلَامِ) قِيلَ: لَا يَخْلُو مِنْ أَنْ يُقَاتِلُوا قَوْمًا بَلَّغَتْهُمْ الدَّعْوَةُ أَوْ لَمْ تَبْلُغْهُمْ، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي لَا يَحِلُّ الْقِتَالُ حَتَّى يُدْعَوْا لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا﴾ [الإسراء: ١٥] وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَلَا فَضْلَ ذَلِكَ، «وَكَانَ النَّبِيُّ ﷺ إِذَا قَاتَلَ قَوْمًا مِنَ الْمُشْرِكِينَ دَعَاهُمْ إِلَى الْإِسْلَامِ ثُمَّ اشْتَعَلَ بِالصَّلَاةِ، وَإِذَا فَرَغَ جَدَّدَ الدَّعْوَةَ ثُمَّ شَرَعَ فِي الْقِتَالِ». وَقَوْلُهُ (كَفُّوا عَنْ قِتَالِهِمْ) أَيِ امْتَنَعُوا عَنْ قِتَالِهِمْ أَوْ مَنَعُوا أَنْفُسَهُمْ عَنْهُ فَكَفَّ لَازِمٌ وَمُتَعَدٍّ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا نَطَقَ بِهِ النَّصُّ) يُرِيدُ قَوْلَهُ تَعَالَى: ﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ﴾ [التوبة: ٢٩] إِلَى قَوْلِهِ: ﴿حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ﴾ [التوبة: ٢٩] (قَوْلُهُ وَهَذَا فِي حَقِّ مَنْ تُقْبَلُ مِنْهُ الْجِزْيَةُ) ظَاهِرٌ. (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُقَاتَلَ مَنْ لَمْ تَبْلُغْهُ الدَّعْوَةُ إِلَى الْإِسْلَامِ إِلَّا أَنْ يَدْعُوهُ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي وَصِيَّتِهِ أَمْرًا الْأَجْنَادَ «فَادْعُهُمْ إِلَى شَهَادَةِ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ»^(١) وَلَا تُدْعُوهُمْ بِالدَّعْوَةِ يَعْلَمُونَ أَنَّا نَقَاتِلُهُمْ عَلَى الدِّينِ لَا عَلَى سَلْبِ الْأَمْوَالِ وَسَبْيِ الذَّرَارِيِّ فَلَعَلَّهُمْ يُجِيبُونَ فَتُكْفَى مُؤَنَةُ الْقِتَالِ، وَلَوْ قَاتَلَهُمْ قَبْلَ الدَّعْوَةِ أَثِمَ لِلنَّبِيِّ، وَلَا غَرَامَةَ لَعَدِمِ الْعَاصِمِ وَهُوَ الدِّينُ أَوْ الْإِحْرَارُ بِالْأَدَارِ فَصَارَ كَقَتْلِ النِّسْوَانِ وَالنَّبِيِّانِ (وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَدْعُو مَنْ بَلَّغَتْهُ الدَّعْوَةُ) مُبَالَغَةً فِي الْإِنذَارِ، وَلَا يَجِبُ ذَلِكَ لِأَنَّهُ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَغَارَ عَلَى بَنِي الْمُصْطَلِقِ وَهُمْ غَارُونَ». «وَعَهْدَ إِلَى أَسَامَةَ ﷺ أَنْ يُغِيرَ عَلَى ابْنَى صَبَاحًا ثُمَّ يُحْرِقُ» وَالْغَارَةُ لَا تَكُونُ بِدَعْوَةٍ.

(١) أخرجه مسلم في الجهاد (٢) وغيره عن بريدة، وانظر نصب الراية (٣/٥٨٧).

قَالَ (فَإِنْ أَبَوَا ذَلِكَ اسْتَعَاثُوا بِاللَّهِ عَلَيْهِمْ وَحَارَبُوهُمْ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي حَدِيثِ سُلَيْمَانَ بْنِ بُرَيْدَةَ «فَإِنْ أَبَوَا ذَلِكَ فَادْعُهُمْ إِلَى إعْطَاءِ الْحِزْيَةِ، إِلَى أَنْ قَالَ: فَإِنْ أَبَوْهَا فَاسْتَعِنْ بِاللَّهِ عَلَيْهِمْ وَقَاتِلْهُمْ»^(١) وَلَأَنَّهُ تَعَالَى هُوَ النَّاصِرُ لِأَوْلِيَائِهِ وَالْمُدْمِرُ عَلَى أَعْدَائِهِ فَيُسْتَعَانُ بِهِ فِي كُلِّ الْأُمُورِ. قَالَ (وَنَصَبُوا عَلَيْهِمُ الْمَجَانِيقَ) كَمَا نَصَبَ رَسُولُ اللَّهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى الطَّائِفِ^(٢) (وَحَرَقُوهُمْ) لَأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَحْرَقَ الْبُؤَيْرَةَ^(٣). قَالَ (وَأَرْسَلُوا عَلَيْهِمُ الْمَاءَ وَقَطَعُوا أَشْجَارَهُمْ وَأَفْسَدُوا زُرُوعَهُمْ) لَأَنَّ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ الْإِحَاقَ الْكَتَبِ وَالْغَيْظَ بِهِمْ وَكَسْرَةَ شَوْكَتِهِمْ وَتَفْرِيقَ جَمْعِهِمْ فَيَكُونُ مَشْرُوعًا، (وَلَا بَأْسَ بِرَمِيهِمْ، وَإِنْ كَانَ فِيهِمْ مُسْلِمٌ أَسِيرٌ أَوْ تَاجِرٌ) لَأَنَّ فِي الرَّمْيِ دَفْعَ الضَّرَرِ الْعَامِّ بِالذُّبِّ عَنِ بَيْضَةِ الْإِسْلَامِ، وَقَتْلَ الْأَسِيرِ وَالتَّاجِرِ ضَرَرَ خَاصٍّ، وَلَأَنَّهُ قَلَمًا يَخْلُو حِصْنَ عَنِ مُسْلِمٍ، فَلَوْ امْتَنَعَ بِاعْتِبَارِهِ لَانْسَدَّ بَابُهُ (وَإِنْ تَتَرَسَّوْا بِصِبْيَانِ الْمُسْلِمِينَ أَوْ بِالْأَسَارَى لَمْ يَكْفُوا عَنْ رَمِيهِمْ) لَمَّا بَيَّنَّاهُ (وَيَقْصِدُونَ بِالرَّمْيِ الْكُفَّارَ) لَأَنَّهُ إِنْ تَعَذَّرَ التَّمْيِيزُ فِعْلًا فَلَقَدْ أَمَكِنَ قَصْدًا، وَالطَّاعَةَ بِحَسَبِ الطَّاقَةِ، وَمَا أَصَابُوهُ مِنْهُمْ لَا دِيَّةَ عَلَيْهِمْ وَلَا كَفَّارَةَ لَأَنَّ الْجِهَادَ فَرَضَ وَالْغَرَامَاتُ لَا تُقَرَّنُ بِالْفُرُوضِ. بِخِلَافِ حَالَةِ الْمَخْمَصَةِ لَأَنَّهُ لَا يُمْتَنَعُ مَخَافَةَ الضَّمَانِ لَمَّا فِيهِ مِنْ أَحْيَاءِ نَفْسِهِ. أَمَّا الْجِهَادُ فَمَبْنِيٌّ عَلَى إِتْلَافِ النَّفْسِ فَيُمْتَنَعُ حِذَارَ الضَّمَانِ

الشرح:

(قَوْلُهُ فَتُكْفَى) بِالتَّوْنِ عَلَى بِنَاءِ الْمَفْعُولِ مُؤَنَّةُ الْقِتَالِ يَنْصَبُ مُؤَنَّةٌ عَلَى الْمَفْعُولِ الثَّانِي (قَوْلُهُ لِلنَّهْيِ) إِشَارَةٌ إِلَى مَا رُوِيَ «أَنَّهُ ﷺ بَعَثَ عَلِيًّا فِي سَرِيَّةٍ، وَقَالَ: لَا تُقَاتِلُوهُمْ حَتَّى تَدْعُوهُمْ إِلَى الْإِسْلَامِ». وَقَوْلُهُ (لَعَدَمِ الْعَاصِمِ) أَيُّ الْمَوْجِبِ لِلْغَرَامَةِ (وَهُوَ الدِّينُ) عَلَى مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ (أَوْ الْإِحْرَازُ بِالذَّارِ) عَلَى مَذْهَبِنَا. وَقَوْلُهُ (مُبَالَعَةٌ فِي الْإِثْنَارِ) «لَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ إِذَا قَاتَلَ قَوْمًا مِنَ الْمُشْرِكِينَ دَعَا ثُمَّ اشْتَغَلَ بِالصَّلَاةِ ثُمَّ عَادَ

(١) سبق تخريجه.

(٢) أخرجه الترمذي في الأدب باب ١٧، وانظر نصب الراية (٣/٥٨٩).

(٣) أخرجه البخاري في المغازي باب ١٤، ومسلم في الجهاد (٢٩، ٣٠)، وانظر نصب الراية

(٣/٥٩٠).

بَعْدَ الْفَرَاغِ جَدَّدَ الدَّعْوَةَ وَقَدْ قَدَّمَاهُ».

وَقَوْلُهُ (أَغَارَ عَلَى بَنِي الْمُصْطَلِقِ) أَيُ أَخْرَجَهُمْ مِنْ خِبَائِهِمْ بِهُجُومِهِ عَلَيْهِمْ (وَهُمْ غَارُونَ) أَيُ غَافِلُونَ. وَأَبْنَى عَلَى وَزْنِ حُبْلَى مَوْضِعُ بِالشَّامِ، وَقِيلَ اسْمُ قَبِيلَةٍ (وَالْغَارَةُ لَا تَكُونُ بَدْعُوةً) لِأَنَّ فِيهَا سَتَرَ الْأَمْرِ وَالْإِسْرَاعَ، لِأَنَّهَا اسْمُ مَصْدَرٍ لِلْإِغَارَةِ الَّتِي هِيَ مَصْدَرُ أَغَارَ الثَّغْلَبُ أَوْ الْفَرَسُ إِغَارَةً وَغَارَةً: إِذَا أَسْرَعَ فِي الْعَدُوِّ. وَقَوْلُهُ (الْبُؤْيُورَةُ) عَلَى وَزْنِ الدُّوْيُورَةِ مُصْعَرُ الدَّارِ وَالْكَبْتُ هُوَ الذُّلُّ وَالْهَوَانُ.

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ كَانَ فِيهِمْ أَسِيرٌ مُسْلِمٌ أَوْ تَاجِرٌ) رُدُّ لَمَّا قَالَهُ الْحَسَنُ بْنُ زِيَادٍ أَنَّهُ إِذَا عَلِمَ أَنَّ فِيهِمْ مُسْلِمًا وَأَنَّهُ يَتْلَفُ بِهَذَا الصَّنْعِ لَمْ يَحِلَّ لَهُ ذَلِكَ لِأَنَّ الْإِقْدَامَ عَلَى قَتْلِ الْمُسْلِمِ حَرَامٌ وَتَرْكُ قَتْلِ الْكَافِرِ جَائِزٌ؛ أَلَا يُرَى أَنَّ لِلْإِمَامِ أَنْ لَا يَقْتُلَ الْأَسَارَى لِمَنْفَعَةِ الْمُسْلِمِينَ فَكَانَ مَرَاعَاةُ جَانِبِ الْمُسْلِمِ أَوَّلَى مِنْ هَذَا الْوَجْهِ (وَقُلْنَا فِي رَمِيهِمْ دَفْعُ الضَّرَرِ الْعَامِّ بِالذَّبِّ عَنْ بَيْضَةِ الْإِسْلَامِ) أَيُ مُحْتَمَعُهُ لِلشَّبْهِ الْمَعْنَوِيِّ بَيْنَهَا وَبَيْنَ بَيْضَةِ النَّعَامَةِ وَغَيْرِهَا، لِأَنَّ الْبَيْضَةَ مُحْتَمَعُ الْوَلَدِ (وَقَتْلُ الْأَسِيرِ وَالتَّاجِرِ ضَرَرٌ خَاصٌّ) وَإِذَا اجْتَمَعَا يُقَدَّمُ دَفْعُ الضَّرَرِ الْعَامِّ عَلَى الْخَاصِّ (وَلَأَنَّهُ قَلَمًا يَخْلُو حِصْنًا مِنْ حُصُونِهِمْ عَنْ مُسْلِمٍ) أَسِيرٌ أَوْ تَاجِرٌ (فَلَوْ امْتَنَعَ) عَنْ الرَّمْيِ (بِاعْتِبَارِهِ لَا نَسَدًا بِأَبْهٍ) أَيُ بَابُ الْجِهَادِ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا بَيَّنَّا) إِشَارَةً إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّ فِي الرَّمْيِ دَفْعُ الضَّرَرِ الْعَامِّ إلخ.

وَقَوْلُهُ (وَمَا أَصَابُوهُ مِنْهُمْ لَا دِيَةَ عَلَيْهِمْ وَلَا كَفَّارَةَ) يَعْنِي عِنْدَنَا. وَقَالَ الْحَسَنُ بْنُ زِيَادٍ؛ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ فِيهِ الدِّيَةُ وَالْكَفَّارَةُ لِأَنَّ هَذَا هُوَ عَيْنُ صُورَةِ قَتْلِ الْخَطَا لِأَنَّهُ يَقْصِدُ بِالرَّمْيِ الْكَافِرَ فَيُصِيبُ الْمُسْلِمَ. وَالْجَوَابُ أَنَّهُ إِذَا كَانَ عَالِمًا بِحَقِيقَةِ حَالِ مَنْ يُصِيبُهُ عِنْدَ الرَّمْيِ لَمْ يَكُنْ فِعْلُهُ خَطَاً بَلْ كَانَ مُبَاحًا مُحْضًا، وَلَا دِيَةَ وَلَا كَفَّارَةَ فِيهِ. وَلَنَا أَنَّ الْجِهَادَ فَرَضٌ وَكُلُّ مَا هُوَ فَرَضٌ (فَالْعَرَامَاتُ لَا تُقَرَّنُ بِهِ) لِأَنَّ الْفَرَضَ مَأْمُورٌ بِهِ لَا مُحَالَةٌ، وَسَبَبُ الْعَرَامَاتِ عُذْوَانٌ مُحْضٌ مِنْهُيَّ عَنْهُ وَيَبْتَنِيهِمَا مُنَافَاةٌ.

فَإِنْ قِيلَ: هَذَا تَعْلِيلٌ فِي مُعَارَضَةِ قَوْلِهِ ﷺ: «لَيْسَ فِي الْإِسْلَامِ دَمٌ مُفْرَجٌ» أَيُ مُهْدَرٌ، وَالتَّعْلِيلُ فِي مُقَابَلَةِ النَّصِّ بَاطِلٌ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ عَامٌّ خَصَّ مِنْهُ الْبُعَاةَ وَقُطَاعَ الطَّرِيقِ فَتَخَصَّ صُورَةُ النَّزَاعِ بِمَا قُلْنَا، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ الْقِرَانَ شَرْطٌ وَهُوَ مَمْنُوعٌ. وَأَقُولُ: قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَيْسَ فِي الْإِسْلَامِ» مَعْنَاهُ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ. وَمَا نَحْنُ فِيهِ لَيْسَ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا بَأْسَ بِإِخْرَاجِ النِّسَاءِ وَالْمَصَاحِفِ) كَلَامُهُ وَاضِحٌ سِوَى مَا نُتِبَهُ عَلَيْهِ. السَّرِيَّةُ عَدَدٌ قَلِيلٌ يَسِيرُونَ بِاللَّيْلِ وَيَكْمُنُونَ بِالنَّهَارِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أَقْلُ السَّرِيَّةِ مِائَةٌ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ فِي السَّيْرِ الْكَبِيرِ: أَفْضَلُ مَا يُبْعَثُ فِي السَّرِيَّةِ أَدْنَاهُ ثَلَاثَةٌ، وَلَوْ بَعَثَ بِمَا دُونُهُ جَازَ. وَقَالَ الْحَسَنُ بْنُ زِيَادٍ مِنْ قَوْلِ نَفْسِهِ: أَقْلُ السَّرِيَّةِ أَرْبَعُمِائَةٍ، وَأَقْلُ الْجَيْشِ أَرْبَعَةُ آلَافٍ. وَقَوْلُهُ (وَهُوَ التَّأْوِيلُ الصَّحِيحُ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا تُسَافِرُوا بِالْقُرْآنِ فِي أَرْضِ الْعَدُوِّ»)^(١) رَوَاهُ ابْنُ عُمرٍ، وَأَمَّا قَيْدُ التَّأْوِيلِ بِالصَّحِيحِ اخْتِرَازًا عَمَّا قَالَ أَبُو الْحَسَنِ الْقُمِّيُّ: التَّنْهِيُ كَانَ فِي ابْتِدَاءِ الْإِسْلَامِ عِنْدَ قِلَّةِ الْمَصَاحِفِ، وَكَذَا رُويَ عَنِ الطَّحَاوِيِّ.

(وَلَا تُقَاتِلِ الْمَرْأَةَ إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا وَلَا الْعَبْدَ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ) لَمَّا بَيَّنَّا (إِلَّا أَنْ يَهْجُمَ الْعَدُوُّ عَلَى بَلَدٍ لِلضَّرُورَةِ).

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَمَّا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ فِي الْبَابِ السَّابِقِ لَتَقَدَّمَ حَقُّ الْمَوْلَى وَالزَّوْجِ. وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنْ يَهْجُمَ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ لَا تُقَاتِلْ: يَعْنِي عِنْدَ الضَّرُورَةِ يُقَاتِلُونَ لِأَنَّ الْجِهَادَ حَيْثُ يَصِيرُ فَرَضٌ عَيْنٌ وَلَا يَظْهَرُ حَقُّ الْمَوْلَى وَالزَّوْجِ عِنْدَهُ. وَيَنْبَغِي لِلْمُسْلِمِينَ أَنْ لَا يَغْدِرُوا وَلَا يَغْلُوا وَلَا يَمْتَلُوا لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا تَغْلُوا وَلَا تَغْدِرُوا وَلَا تُمْتَلُوا»^(١) وَالْغُلُولُ: السَّرِقَةُ مِنَ الْمَغْنَمِ، وَالْغَدْرُ: الْخِيَانَةُ وَتَقْضُ الْعَهْدُ، وَالْمَثَلَةُ الْمَرْوِيَّةُ فِيهِ قِصَّةُ الْعَرَبِيِّينَ مَنْسُوخَةً بِالنَّهْيِ الْمُتَأَخَّرِ هُوَ الْمَنْقُولُ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالْمَثَلَةُ الْمَرْوِيَّةُ) يُقَالُ مَثَّلْتُ بِالرَّجُلِ أُمَثِلُ بِهِ مَثَلًا وَمَثَلَةً إِذَا سَوَّدْتَ وَجْهَهُ أَوْ قَطَعْتَ أَنْفَهُ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ، وَقِصَّةُ مَثَلَةِ الْعَرَبِيِّينَ مَشْهُورَةٌ وَقَدْ أُتْسِخَتْ بِالنَّهْيِ الْمُتَأَخَّرِ. رَوَى عِمْرَانُ بْنُ الْحَصَنِ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ مَا قَامَ فِينَا خَطِيبًا بَعْدَ مَا مَثَلَ بِالْعَرَبِيِّينَ إِلَّا كَانَ يَحُثُّنَا عَلَى الصَّدَقَةِ وَيَنْهَانَا عَنِ الْمَثَلَةِ» فَتَخْصِيصُهُ بِالذِّكْرِ فِي كُلِّ خُطْبَةٍ دَلِيلٌ عَلَى تَأْكِيدِ الْحُرْمَةِ.

(١) سبق تخريجه في حديث بريدة.

(وَلَا يَقْتُلُوا امْرَأَةً وَلَا صَبِيًّا وَلَا شَيْخًا فَانِيًّا وَلَا مُقْعَدًا وَلَا أَعْمَى) لِأَنَّ الْمُبِيحَ لِلْقَتْلِ عِنْدَنَا هُوَ الْحِرَابُ وَلَا يَتَحَقَّقُ مِنْهُمْ، وَلِهَذَا لَا يُقْتَلُ يَابِسُ الشَّقِّ وَالْمَقْطُوعُ الْيَمْنَى وَالْمَقْطُوعُ يَدُهُ وَرِجْلُهُ مِنْ خِلَافِهِ. وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ يُخَالِفُنَا فِي الشَّيْخِ الْفَانِي وَالْمُقْعَدِ وَالْأَعْمَى لِأَنَّ الْمُبِيحَ عِنْدَهُ الْكُفْرُ وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا بَيَّنَّا، وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنِ قَتْلِ الصَّبِيَّانِ وَالذَّرَارِيِّ»^(١) «وَحِينَ رَأَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ امْرَأَةً مَقْتُولَةً قَالَ: هَاهُ، مَا كَانَتْ هَذِهِ تُقَاتِلُ فَلَمْ تُقْتَلْ؟»^(٢) قَالَ (إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَحَدُ هَؤُلَاءِ مِمَّنْ لَهُ رَأْيٌ فِي الْحَرْبِ أَوْ تَكُونَ الْمَرْأَةُ مَلَكَةً) لِنَعْدِي ضَرَرَهَا إِلَى الْعِبَادِ، وَكَذَا يُقْتَلُ مَنْ قَاتَلَ مِنْ هَؤُلَاءِ دَفْعًا لَشَرِّهِ، وَلِأَنَّ الْقِتَالَ مُبِيحٌ حَقِيقَةً.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا شَيْخًا فَانِيًّا) قَالَ فِي الذَّخِيرَةِ: هَذَا الْجَوَابُ فِي الشَّيْخِ الْكَبِيرِ الْفَانِي الَّذِي لَا يَقْدِرُ عَلَى الْقِتَالِ وَلَا عَلَى الصِّيَاحِ عِنْدَ التَّقَاءِ الصَّفِينِ وَلَا يَقْدِرُ عَلَى الْإِحْبَالِ وَلَا يَكُونُ مِنْ أَهْلِ الرَّأْيِ وَالتَّدْبِيرِ، أَمَّا إِذَا كَانَ يَقْدِرُ عَلَى ذَلِكَ يُقْتَلُ لِأَنَّهُ بِقِتَالِهِ مُحَارِبٌ وَبِصِيَاحِهِ مُحَرِّضٌ عَلَى الْقِتَالِ وَبِالْإِحْبَالِ يَكْثُرُ الْمُحَارِبُ، وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ الْمُبِيحَ عِنْدَهُ) أَيُّ الْقِتَالِ هُوَ (الْكُفْرُ) وَعِنْدَنَا هُوَ الْحِرَابُ. وَقَوْلُهُ (مَا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ وَلِهَذَا لَا يُقْتَلُ يَابِسُ الشَّقِّ وَهُوَ الْمَفْلُوجُ. قِيلَ وَالْمُرَادُ بِالذَّرَارِيِّ هُنَا النَّسَاءُ. وَقَوْلُهُ (هَاهُ) كَلِمَةٌ تَنْبِيهِ أُلْحِقَتْ بِآخِرِهَا هَاءُ السَّكْتِ (قَوْلُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَحَدُ هَؤُلَاءِ مِمَّنْ لَهُ رَأْيٌ فِي الْحَرْبِ) لَمَّا صَحَّ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَتَلَ ذُرَيْدَ بْنَ الصَّمَّةِ وَكَانَ ابْنُ مِائَةٍ وَعِشْرِينَ سَنَةً» وَفِي رِوَايَةٍ «ابْنُ مِائَةٍ وَسِتِّينَ سَنَةً» لِأَنَّهُ كَانَ صَاحِبَ رَأْيٍ

(وَلَا يُقْتَلُ مَجْنُونًا) لِأَنَّهُ غَيْرُ مُخَاطَبٍ إِلَّا أَنْ يُقَاتَلَ فَيُقْتَلَ دَفْعًا لَشَرِّهِ، غَيْرَ أَنَّ الصَّبِيَّ وَالْمَجْنُونِ يُقْتَلَانِ مَا دَامَا يُقَاتِلَانِ، وَغَيْرُهُمَا لَا بَأْسَ بِقِتَالِهِ بَعْدَ الْأَسْرِ لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ الْعُقُوبَةِ لَتَوَجُّهِ الْخَطَابِ نَحْوَهُ، وَإِنْ كَانَ يُجَنُّ وَيَفْبِقُ فَهُوَ فِي حَالِ إِفَاقَتِهِ كَالصَّحِيحِ.

(١) أخرجه البخاري في الجهاد باب ١٤٧، ١٤٨، ومسلم في الجهاد (٢٥، ٢٦)، وانظر

نصب الرأية (٥٩٣/٣).

(٢) أخرجه أبو داود (٢٦٦٩)، وأحمد (٤٨٨/٣)، والحاكم (١٢٢/٢)، وانظر نصب الرأية

(٥٩٥/٣).

الشرح:

(قَوْلُهُ فَهُوَ فِي حَالِ إِفَاقَتِهِ كَالصَّحِيحِ) يَعْنِي يُقْتَلُ سَوَاءً قَاتِلٌ أَوْ لَمْ يُقَاتِلْ كَالصَّحِيحِ فَإِنَّهُ يُقْتَلُ وَإِنْ لَمْ يُقَاتِلْ، لَكِنَّهُ إِذَا قَاتِلٌ فِي حَالِ إِفَاقَتِهِ لِأَنَّهُ لَمْ يَمُتْ يُقَاتِلْ وَيُخَاطَبُ.

(وَيُكْرَهُ أَنْ يَبْتَدِيَ الرَّجُلُ أَبَاهُ مِنَ الْمُشْرِكِينَ فَيَقْتُلَهُ) لقوله تعالى: ﴿وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [القمان: ١٥] ولأنه يجب عليه إحياءه بالإِنْفَاقِ فَيُنَاقِضُهُ الإِطْلَاقُ فِي إِفَاقَتِهِ (فَإِنْ أَدْرَكَهُ امْتَنَعَ عَلَيْهِ حَتَّى يَقْتُلَهُ غَيْرُهُ) لَأَنَّ الْمَقْصُودَ يَحْصُلُ بِغَيْرِهِ مِنْ غَيْرِ اقْتِحَامِهِ الْمَأْتَمِ، وَإِنْ قَصَدَ الْأَبُ قَتْلَهُ بِحَيْثُ لَا يُمَكِّنُهُ دَفْعُهُ إِلَّا بِقَتْلِهِ لَا بَأْسَ بِهِ؛ لَأَنَّ مَقْصُودَهُ الدَّفْعُ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ شَهِرَ الْأَبُ الْمُسْلِمَ سَيْفَهُ عَلَى ابْنِهِ وَلَا يُمَكِّنُهُ دَفْعُهُ إِلَّا بِقَتْلِهِ يَقْتُلُهُ لَمَّا بَيَّنَّا هَذَا أَوَّلَى، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ امْتَنَعَ عَلَيْهِ) أَيُّ يَقِفُ عِنْدَهُ وَيُعَالِجُهُ فَيَضْرِبُ قَوَائِمَ فَرَسِهِ وَنَحْوَ ذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لَأَنَّ مَقْصُودَهُ الدَّفْعُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ الْمَوَادَعَةِ وَمَنْ يَجُوزُ أَمَانُهُ

(وَإِذَا رَأَى الْإِمَامُ أَنَّ يُصَالِحَ أَهْلَ الْحَرْبِ أَوْ فَرِيقًا مِنْهُمْ وَكَانَ ذَلِكَ مَصْلَحَةً لِلْمُسْلِمِينَ فَلَا بَأْسَ بِهِ) لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلَامِ فَاجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ﴾ [الأنفال: ٦١] «وَوَادَعَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَهْلَ مَكَّةَ عَامَ الْحَدِيثِ عَلَى أَنْ يَضَعَ الْحَرْبَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمْ عَشْرَ سِنِينَ»^(١)، وَلَأَنَّ الْمَوَادَعَةَ جِهَادٌ مَعْنَى إِذَا كَانَ خَيْرًا لِلْمُسْلِمِينَ لَأَنَّ الْمَقْصُودَ وَهُوَ دَفْعُ الشَّرِّ حَاصِلٌ بِهِ، وَلَا يُقْتَصَرُ الْحُكْمُ عَلَى الْمُدَّةِ الْمُرُوتَةِ لَتَعْدِي الْمَعْنَى إِلَى مَا زَادَ عَلَيْهَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ خَيْرًا؛ لِأَنَّهُ تَرَكَ الْجِهَادَ صُورَةً وَمَعْنَى (وَإِنْ صَالَحَهُمْ مُدَّةٌ ثُمَّ رَأَى نَقْضَ الصَّلَاحِ أَنْفَعَ نَبَذَ إِلَيْهِمْ وَهَاتَلَهُمْ) «لَأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَبَذَ الْمَوَادَعَةَ الَّتِي كَانَتْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَهْلِ مَكَّةَ»^(٢)، وَلَأَنَّ الْمَصْلَحَةَ لَمَّا تَبَدَّلَتْ كَانَ النَّبَذُ جِهَادًا وَإِيفَاءُ الْعَهْدِ تَرَكَ الْجِهَادَ صُورَةً وَمَعْنَى، وَلَا بُدَّ مِنَ النَّبَذِ تَحَرُّزًا عَنِ الْغَدْرِ، وَقَدْ قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ

(١) أخرجه أبو داود (٢٧٦٦)، وانظر نصب الراية (٥٩٦/٣).

(٢) أخرجه البيهقي في دلائل النبوة، وانظر نصب الراية (٥٩٧/٣).

وَالسَّلَامُ: «فِي الْعُهُودِ وَفَاءً لَا غَدْرَ»^(١) وَلَا بُدَّ مِنْ اعْتِبَارِ مُدَّةٍ يَبْلُغُ فِيهَا خَبَرُ النَّبَذِ إِلَى جَمِيعِهِمْ، وَيَكْتَفِي فِي ذَلِكَ بِمُضِيِّ مُدَّةٍ يَتِمَّكَنُ مَلِكُهُمْ بَعْدَ عِلْمِهِ بِالنَّبَذِ مِنْ انْفِذِ الْخَبَرِ إِلَى أَطْرَافِ مَمْلَكَتِهِ؛ لَأَنْ بِذَلِكَ يَنْتَفِي الْغَدْرُ. قَالَ (وَأِنْ بَدَّعُوا بِخِيَانَتِهِ قَاتَلَهُمْ وَلَمْ يُنْبَذْ إِلَيْهِمْ إِذَا كَانَ ذَلِكَ بِاتِّفَاقِهِمْ) لَأَنَّهُمْ صَارُوا نَاقِضِينَ لِلْعَهْدِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى نَقْضِهِ بِخِلَافِ مَا إِذَا دَخَلَ جَمَاعَةٌ مِنْهُمْ فَقَطَّعُوا الطَّرِيقَ وَلَا مَنَعَتْ لَهُمْ حَيْثُ لَا يَكُونُ هَذَا نَقْضًا لِلْعَهْدِ، وَلَوْ كَانَتْ لَهُمْ مَنَعَةٌ وَقَاتَلُوا الْمُسْلِمِينَ عَلَانِيَةً يَكُونُ نَقْضًا لِلْعَهْدِ فِي حَقِّهِمْ دُونَ غَيْرِهِمْ؛ لِأَنَّهُ بَغَيْرِ إِذْنِ مَلِكِهِمْ فَفَعَلَهُمْ لَا يُلْزَمُ غَيْرُهُمْ حَتَّى لَوْ كَانَ يَأْذِنُ مَلِكُهُمْ صَارُوا نَاقِضِينَ لِلْعَهْدِ لِأَنَّهُ بِاتِّفَاقِهِمْ مَعْنَى.

الشرح:

(بَابُ الْمَوَادَعَةِ وَمَنْ يَجُوزُ أَمَانُهُ): وَالْمَوَادَعَةُ الْمَصَالِحَةُ، وَسُمِّيَتْ بِهَا لِأَنَّهَا مُتَارَكَةٌ وَهِيَ مِنَ الْوَدْعِ وَهُوَ التَّرُكُ، وَذَكَرُ تَرْكِ الْقِتَالِ بَعْدَ ذِكْرِ الْقِتَالِ ظَاهِرُ الْمُنَاسَبَةِ (قَوْلُهُ وَكَانَ ذَلِكَ مَصْلَحَةً) قِيلَ عَلَيْهِ بِأَنْ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلَامِ﴾ [الأنفال: ٦١] لَيْسَ بِمُقَيَّدٍ بِالْمَصْلَحَةِ فَكَانَ الاسْتِدْلَالُ بِهِ مُخَالَفًا لِلْمُدَّعَى. وَأُجِيبَ بِأَنْ هَذِهِ الْآيَةُ مَحْمُولَةٌ عَلَى مَا إِذَا كَانَتْ فِي الْمَصَالِحَةِ مَصْلَحَةً لِلْمُسْلِمِينَ بِدَلِيلِ آيَةٍ أُخْرَى وَهِيَ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَلَا تَهِنُوا وَتَدْعُوا إِلَى السَّلَامِ وَأَنْتُمْ الْأَعْلَوْنَ﴾ [محمد: ٣٥] وَبَدَلِيلِ الْآيَاتِ الْمُوجِبَةِ لِلْقِتَالِ وَإِلَّا لَزِمَ التَّنَاقُضُ لَمَّا أَنَّ مُوجِبَ الْأَمْرِ بِالْقِتَالِ مُخَالَفٌ لِمُوجِبِ الْأَمْرِ بِالْمَصَالِحَةِ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّوْفِيقِ بَيْنَهُمَا وَهُوَ بِمَا ذَكَرْنَا بِدَلِيلِ «مَوَادَعَةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَهْلَ مَكَّةَ» عَلَى مَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ (وَلَا يَقْتَصِرُ الْحُكْمُ عَلَى الْمُدَّةِ الْمَرْوِيَّةِ) وَهِيَ عَشْرُ سِنِينَ فَكَانَتْ هَذِهِ الْمُدَّةُ الْمَرْوِيَّةُ مِنَ الْمُقَدَّرَاتِ الَّتِي لَا تَمْنَعُ الزِّيَادَةَ وَالتَّنْقِصَانَ لِأَنَّ مُدَّةَ الْمَوَادَعَةِ تَذُورُ مَعَ الْمَصْلَحَةِ وَهِيَ قَدْ تَزِيدُ وَقَدْ تَنْقُصُ.

وَقَوْلُهُ (لِتَعَدِّي الْمَعْنَى) وَهُوَ دَفْعُ الشَّرِّ. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ خَيْرًا) حَيْثُ لَا يَجُوزُ لِلْإِمَامِ أَنْ يُوَادِعَهُمْ عَمَلًا بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَلَا تَهِنُوا وَتَدْعُوا إِلَى السَّلَامِ﴾ [محمد: ٣٥] وَلِأَنَّ الْمَوَادَعَةَ تَرْكُ الْجِهَادِ صُورَةً وَمَعْنَى، أَمَّا صُورَةٌ فَظَاهِرٌ حَيْثُ تَرَكُوا

(١) قَالَ الزَّيْلَعِيُّ فِي نَسَبِ الرَّايَةِ (٥٩٨/٣): هَكَذَا وَقَعَ فِي الْكِتَابِ، وَالْمَوْجُودُ فِي كِتَابِ الْحَدِيثِ

مَوْقُوفًا مِنْ كَلَامِ عَمْرِو بْنِ عَبْسَةَ.

الْقِتَالِ، وَأَمَّا مَعْنَى فَلَاكُمُ لَمَّا لَمْ يَكُنْ فِيهِ مَصْلَحَةٌ لِلْمُسْلِمِينَ لَمْ يَكُنْ فِي تِلْكَ الْمَوَادَعَةِ دَفْعُ الشَّرِّ فَلَمْ يَحْصُلِ الْجِهَادُ مَعْنَى أَيْضًا. وَقَوْلُهُ تَبَذَّ إِلَيْهِمْ. تَبَذَّ الشَّيْءُ مِنْ يَدِهِ: طَرَحَهُ وَرَمَى بِهِ تَبَذًّا وَتَبَذَّ الْعَهْدَ تَقْضَاهُ، وَهُوَ مِنْ ذَلِكَ لِأَنَّهُ طَرَحَ لَهُ. وَقَوْلُهُ (تَبَذَّ إِلَيْهِمْ) أَيْ بَعَثَ إِلَيْهِمْ مَنْ يُعَلِّمُهُمْ بِنَقْضِ الْعَهْدِ. وَقَوْلُهُ ﷺ: «فِي الْعُهُودِ وَفَاءٌ لَا غَدْرٌ» أَيْ هِيَ وَفَاءٌ. (قَوْلُهُ وَلَا بُدَّ مِنْ اعْتِبَارِ مُدَّةِ الْخ) قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَأَمَّا خِفَافٌ مِنْ قَوْمٍ خِيَانَةٌ فَانْزِدْ إِلَيْهِمْ عَلَى سَوَاءٍ﴾ [الأنفال: ٥٨] أَيْ عَلَى سَوَاءٍ مِنْكُمْ وَمِنْهُمْ فِي الْعِلْمِ بِذَلِكَ، فَعَرَفْنَا أَنَّهُ لَا يَحِلُّ قِتَالُهُمْ قَبْلَ التَّبَذِّ وَقَبْلَ أَنْ يَعْلَمُوا بِذَلِكَ لِيَعُودُوا إِلَى مَا كَانُوا عَلَيْهِ مِنْ التَّحَصُّنِ وَكَانَ ذَلِكَ لِلتَّحَرُّزِ عَنِ الْغَدْرِ.

(وَإِذَا رَأَى الْإِمَامُ مَوَادَعَةَ أَهْلِ الْحَرْبِ وَأَنْ يَأْخُذَ عَلَى ذَلِكَ مَا لَا فَلَائِ بِأَسَ بِهِ) لِأَنَّهُ لَمَّا جَازَتْ الْمَوَادَعَةُ بِغَيْرِ الْمَالِ فَكُنَا بِالْمَالِ، لَكِنْ هَذَا إِذَا كَانَ بِالْمُسْلِمِينَ حَاجَةً، أَمَّا إِذَا لَمْ تَكُنْ لَا يَجُوزُ لَمَّا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ، وَأَلْمَأْخُودُ مِنَ الْمَالِ يُصْرَفُ مَصَارِفَ الْجِزْيَةِ، هَذَا إِذَا لَمْ يَنْزِلُوا بِسَاحَتِهِمْ بَلْ أَرْسَلُوا رَسُولًا؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الْجِزْيَةِ، أَمَّا إِذَا أَحَاطَ الْجَيْشُ بِهِمْ ثُمَّ أَخَذُوا الْمَالَ فَهُوَ غَنِيمَةٌ يُخَمُّسُهَا وَيُقَسَّمُ الْبَاقِي بَيْنَهُمْ لِأَنَّهُ مَأْخُودٌ بِالْقَهْرِ مَعْنَى (وَأَمَّا الْمُتَرَتُّونَ فَيُؤَادِعُهُمُ الْإِمَامُ حَتَّى يَنْظُرَ فِي أَمْرِهِمْ) لِأَنَّ الْإِسْلَامَ مَرْجُوٌّ مِنْهُمْ فَجَازَ تَأْخِيرُ قِتَالِهِمْ طَمَعًا فِي إِسْلَامِهِمْ (وَلَا يَأْخُذُ عَلَيْهِ مَا لَا) لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَخْذُ الْجِزْيَةِ مِنْهُمْ لَمَّا تَبَيَّنَ (وَلَوْ أَخَذَهُ لَمْ يَرُدَّهُ) لِأَنَّهُ مَالٌ غَيْرُ مَعْصُومٍ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَمَّا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ) يَعْنِي قَوْلُهُ إِنَّهُ تَرَكُ الْجِهَادَ صُورَةً وَمَعْنَى. وَقَوْلُهُ (إِذَا لَمْ يَنْزِلُوا بِسَاحَتِهِمْ) أَيْ إِذَا لَمْ يَنْزِلِ الْمُسْلِمُونَ بِدَارِ الْكُفَّارِ لِلْحَرْبِ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ مَأْخُودٌ بِالْقَهْرِ مَعْنَى) يَعْنِي فَيَكُونُ كَالْمَأْخُودِ قَهْرًا صُورَةً وَمَعْنَى، وَهُوَ الْمَأْخُودُ بَعْدَ الْفَتْحِ بِالْقِتَالِ.

وَلَوْ حَاصَرَ الْعَدُوَّ الْمُسْلِمِينَ وَطَلَبُوا الْمَوَادَعَةَ عَلَى مَالٍ يَدْفَعُهُ الْمُسْلِمُونَ إِلَيْهِمْ لَا يَفْعَلُهُ الْإِمَامُ لَمَّا فِيهِ مِنْ إِعْطَاءِ الدِّيْنِيَّةِ وَالْحَاقِ الْمَذْنَبِ بِأَهْلِ الْإِسْلَامِ إِلَّا إِذَا خَافَ الْهَلَاكَ، لِأَنَّ دَفْعَ الْهَلَاكِ وَاجِبٌ بِأَيِّ طَرِيقٍ يُمَكِّنُ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَمَّا فِيهِ مِنْ إِعْطَاءِ الدِّيْنِيَّةِ) أَيْ التَّقِيصَةِ. وَقَوْلُهُ (إِلَّا إِذَا خَافَ الْهَلَاكَ) يَعْنِي

عَلَى نَفْسِهِ وَنَفْسِ سَائِرِ الْمُسْلِمِينَ، فَحِينَئِذٍ لَا بَأْسَ بِدَفْعِ الْمَالِ؛ لِمَا رُوِيَ «أَنَّ الْمُشْرِكِينَ لَمَّا أَحَاطُوا بِالْحَنْدَقِ وَصَارَ الْمُسْلِمُونَ إِلَى مَا أَخْبَرَ اللَّهُ عَنْهُمْ بِقَوْلِهِ تَعَالَى «هُنَالِكَ ابْتُلِيَ الْمُؤْمِنُونَ وَزُلْزِلُوا زَلْزَالًا شَدِيدًا» بَعَثَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَى عُيَيْنَةَ بْنِ حِصْنٍ وَطَلَبَ مِنْهُ أَنْ يَرْجِعَ بِمَنْ مَعَهُ عَلَى أَنْ يُعْطِيَهُ فِي كُلِّ سَنَةٍ ثُلُثَ ثِمَارِ الْمَدِينَةِ، فَأَبَى إِلَّا النِّصْفَ، فَلَمَّا حَضَرَ رَسُولُهُ لِيَكْتُبُوا بَيْنَ يَدَيِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ قَامَ سَيِّدَا الْأَنْصَارِ سَعْدُ بْنُ مُعَاذٍ وَسَعْدُ بْنُ عُبَادَةَ وَقَالَا: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنْ كَانَ عَنْ وَحْيٍ فَاْمُضْ لِمَا أُمِرْتَ بِهِ، وَإِنْ كَانَ رَأْيَا رَأَيْتَهُ فَقَدْ كُنَّا نَحْنُ وَهُمْ فِي الْجَاهِلِيَّةِ لَمْ يَكُنْ لَنَا وَلَا لَهُمْ دِينٌ وَكَانُوا لَا يَطْمَعُونَ فِي ثِمَارِ الْمَدِينَةِ إِلَّا بِشِرَاءٍ أَوْ قَرَى؛ فَإِذَا أَعَزَّنَا اللَّهُ بِالْدِّينِ وَبَعَثَ إِلَيْنَا رَسُولَهُ نُعْطِيهِمُ الدِّيَّةَ، لَا نُعْطِيهِمْ إِلَّا السَّيْفَ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: إِنِّي رَأَيْتُ الْعَرَبَ رَمَتْكُمْ عَنْ قَوْسٍ وَاحِدَةٍ فَأَحْبَبْتُ أَنْ أَصْرِفَهُمْ عَنْكُمْ، فَإِنْ أَبَيْتُمْ ذَلِكَ فَأَنْتُمْ وَذَلِكَ، اذْهَبُوا فَلَا نُعْطِيَكُمْ إِلَّا السَّيْفَ» فَقَدْ مَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَى الصُّلْحِ فِي الْإِبْتِدَاءِ لَمَّا أَحَسَّ الضَّعْفَ بِالْمُسْلِمِينَ، فَحِينَ رَأَى الْقُوَّةَ فِيهِمْ بِمَا قَالَ السَّعْدَانُ امْتَنَعَ عَنْ ذَلِكَ (قَوْلُهُ بِأَيِّ طَرِيقٍ يُمَكِّنُ) قِيلَ فِي هَذَا التَّعْمِيمِ شُبْهَةٌ، وَهِيَ أَنَّهُ لَوْ لَمْ يُمَكِّنْ دَفْعُ الْهَلَاكِ عَنْ نَفْسِهِ إِلَّا بِإِجْرَاءِ كَلِمَةِ الْكُفْرِ أَوْ بِقَتْلِ غَيْرِهِ أَوْ بِالزُّكَا، فَإِنَّ دَفْعَ الْهَلَاكِ بِذَلِكَ عَنْ نَفْسِهِ غَيْرُ وَاجِبٍ بَلْ هُوَ مُرَخَّصٌ فِيهِ حَتَّى لَوْ قُتِلَ فِيهَا بِصَبْرِهِ عَنْهَا كَانَ شَهِيدًا. وَأُجِيبَ عَنْهَا بِأَنَّ مَعْنَى الْكَلَامِ بِأَيِّ طَرِيقٍ يُمَكِّنُ سِوَى الْأُمُورِ الَّتِي رُخِّصَ فِيهَا وَلَمْ يَجِبِ الْإِفْدَامُ عَلَيْهَا. وَأَقُولُ: الْوَاجِبُ بِمَعْنَى الثَّابِتِ فَتَنْدَفِعُ بِهِ أَيْضًا.

(وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يُبَاعَ السَّلَاحُ مِنْ أَهْلِ الْحَرْبِ وَلَا يُجَهَّزَ إِلَيْهِمْ) لِأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنْ بَيْعِ السَّلَاحِ مِنْ أَهْلِ الْحَرْبِ وَحَمَلِهِ إِلَيْهِمْ^(١)، وَلِأَنَّ فِيهِ تَقْوِيَتَهُمْ عَلَى قِتَالِ الْمُسْلِمِينَ فَيُمْنَعُ مِنْ ذَلِكَ وَكَذَا الْكِرَاعُ لَمَّا بَيَّنَّا، وَكَذَلِكَ الْحَدِيدُ لِأَنَّهُ أَصْلُ السَّلَاحِ، وَكَذَا بَعْدَ الْمَوَادِّعِ؛ لِأَنَّهَا عَلَى شَرَفِ النِّقْضِ أَوْ الْإِنْقِضَاءِ فَكَانُوا حَرْبًا عَلَيْنَا، وَهَذَا هُوَ الْقِيَاسُ فِي الطَّعَامِ وَالنُّوبِ، إِلَّا أَنَّا عَرَفْنَاهُ بِالنِّصِّ «فَإِنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَمَرَ ثُمَامَةَ أَنْ يَمِيرَ أَهْلَ مَكَّةَ وَهُمْ حَرْبٌ عَلَيْهِ»^(٢).

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٥٩٩/٣): غريب بهذا اللفظ.

(٢) أخرجه البيهقي في دلائل النبوة، وانظر نصب الراية (٦٠٠/٣).

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا يُجْهَرُ إِلَيْهِمْ) أَيُّ لَا يَبْعَثُ التُّجَّارَ إِلَيْهِمْ بِالْجَهَّازِ وَهُوَ فَاحِرُ الْمَتَاعِ،
وَالْمُرَادُ بِهِ هَاهُنَا السَّلَاحُ وَالْكِرَاعُ وَالْحَدِيدُ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا بَيَّنَّا) يَعْنِي قَوْلُهُ وَلَآنَ فِيهِ تَقْوِيَتُهُمْ
عَلَى قِتَالِ الْمُسْلِمِينَ وَيُقَالُ مَارَ أَهْلُهُ: أَيُّ أَنَاهُمْ بِالطَّعَامِ.

فصل

(إِذَا أَمَّنَ رَجُلٌ حُرٌّ أَوْ امْرَأَةٌ حُرَّةٌ كَافِرًا أَوْ جَمَاعَةً أَوْ أَهْلَ حِصْنٍ أَوْ مَدِينَةٍ صَحَّ
أَمَانُهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لِأَحَدٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ قِتَالُهُمْ) وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «
الْمُسْلِمُونَ تَتَكَافَأُ دِمَاؤُهُمْ وَيَسْعَى بِذِمَّتِهِمْ أَدْنَاهُمْ»^(١) أَيُّ أَقْلُهُمْ وَهُوَ الْوَاحِدُ وَلِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ
الْقِتَالِ فَيَخَافُونَهُ إِذْ هُوَ مِنْ أَهْلِ الْمَنْعَةِ فَيَتَحَقَّقُ الْأَمَانُ مِنْهُ لِمُلَاقَاتِهِ مَحَلَّهُ ثُمَّ يَتَعَدَّى إِلَى
غَيْرِهِ، وَلَآنَ سَبَبُهُ لَا يَتَجَزَأُ وَهُوَ الْإِيمَانُ، وَكَذَا الْأَمَانُ لَا يَتَجَزَأُ فَيَتَكَمَّلُ كَوِلَايَةِ الْإِنكَاحِ.
قَالَ (إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِي ذَلِكَ مَفْسَدَةٌ. فَيَنْبِذُ إِلَيْهِمْ) كَمَا إِذَا أَمَّنَ الْإِمَامُ بِنَفْسِهِ ثُمَّ
رَأَى الْمَصْلَحَةَ فِي النَّبَذِ وَقَدْ بَيَّنَّا.

وَلَوْ حَاصَرَ الْإِمَامُ حِصْنَ وَأَمِنَ وَاحِدٌ مِنَ الْجَيْشِ وَفِيهِ مَفْسَدَةٌ يَنْبِذُ الْإِمَامُ لَمَّا بَيَّنَّا،
وَيُؤَدَّبُهُ الْإِمَامُ لَاهْتِيَاثِهِ عَلَى رَأْيِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ فِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ رُبَّمَا تَقَوَّتِ الْمَصْلَحَةُ
بِالتَّأخيرِ فَكَانَ مَعْدُورًا (وَلَا يَجُوزُ أَمَانُ ذِمِّيٍّ) لِأَنَّهُ مُتَّهَمٌ بِهِمْ، وَكَذَا لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَى
الْمُسْلِمِينَ. قَالَ (وَلَا أَسِيرٍ وَلَا تَاجِرٍ يَدْخُلُ عَلَيْهِمْ) لِأَنَّهُمَا مَقْهُورَانِ تَحْتَ أَيْدِيهِمْ فَلَا
يَخَافُونَهُمَا وَالْأَمَانُ يَخْتَصُّ بِمَحَلِّ الْخَوْفِ وَلِأَنَّهُمَا يُجْبِرَانِ عَلَيْهِ فِيهِ فَيَعْرِى الْأَمَانُ عَنْ
الْمَصْلَحَةِ، وَلِأَنَّهُمْ كُلَّمَا اشْتَدَّ الْأَمْرُ عَلَيْهِمْ يَجِدُونَ أَسِيرًا أَوْ تَاجِرًا فَيَتَخَلَّصُونَ بِأَمَانِهِ فَلَا
يَنْفَتِحُ لَنَا بَابُ الْفَتْحِ.

الشرح:

(فَصْلٌ): لَمَّا كَانَ الْأَمَانُ نَوْعًا مِنَ الْمَوَادَعَةِ لِأَنَّهُ فِيهِ تَرَكُ الْقِتَالِ كَالْمَوَادَعَةِ ذَكَرَهُ فِي
فَصْلِ عَلَى حِدَةٍ وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَيَسْعَى بِذِمَّتِهِمْ) أَيُّ بَعْدَهُمْ وَأَمَانُهُمْ
(أَدْنَاهُمْ): أَيُّ أَقْلُهُمْ وَهُوَ الْوَاحِدُ) لِأَنَّهُ لَا أَقْلَ مِنْهُ، وَإِنَّمَا فَسَّرَ الْأَدْنَى هَاهُنَا بِالْأَقْلِ
احْتِرَازًا عَنْ تَفْسِيرِ مُحَمَّدٍ حَيْثُ فَسَّرَهُ بِالْعَبْدِ لِأَنَّهُ جَعَلَهُ مِنَ الدَّنَاءَةِ وَالْعَبْدُ أَدْنَى

المُسْلِمِينَ. وَقَوْلُهُ وَلَئِنَّهُ أَيُّ وَلَئِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ (مِنْ أَهْلِ الْقِتَالِ) أَمَّا الرَّجُلُ فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا الْمَرْأَةُ فَبِالتَّسْبُبِ بِالمَالِ أَوْ الْعَبِيدِ، وَأَمَّا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَا كَانَتْ هَذِهِ تُقَاتِلُ» مَعْنَاهُ بِنَفْسِهَا.

وَقَوْلُهُ (لِمُلَاقَاتِهِ) أَيُّ لِمُلَاقَاةِ الأَمَانِ (مَحَلُّهُ) لِأَنَّ مَحَلَّهُ هُوَ مَحَلُّ الخَوْفِ وَهُوَ مَوْجُودٌ فِيهِمَا عَلَى مَا ذَكَرْنَا. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ يَتَعَدَّى) أَيُّ الأَمَانُ (إِلَى غَيْرِهِ) أَيُّ غَيْرِ الَّذِي أَمِنَ مِنْ أَهْلِ الإِسْلَامِ كَمَا فِي شَهَادَةِ رَمَضَانَ، فَإِنَّ الصَّوْمَ يَلْزَمُ مَنْ شَهِدَ بِرُؤْيَا الهَلَالِ ثُمَّ يَتَعَدَّى مِنْهُ إِلَى غَيْرِهِ (قَوْلُهُ وَلَئِنَّ سَبَبَهُ لَا يَتَجَزَأُ وَهُوَ الإِيْمَانُ) أَيُّ التَّصَدِيقُ بِالْقَلْبِ (فَكَذَا الأَمَانُ لَا يَتَجَزَأُ) فَإِذَا تَحَقَّقَ مِنَ الْبَعْضِ فَإِنَّمَا أَنْ يَبْطُلَ أَوْ يَكْمُلَ، لَا يَجُوزُ الْأَوَّلُ بَعْدَ تَحَقُّقِ السَّبَبِ فَيَتَحَقَّقُ الثَّانِي، كَمَا إِذَا وَجَدَ الْإِنِّكَاحُ مِنْ بَعْضِ الْأَوَّلِيَاءِ الْمُنْسَاوِيَةِ فِي الدَّرَجَةِ صَحَّ النِّكَاحُ فِي حَقِّ الْكُلِّ لِأَنَّ سَبَبَ وَلَايَتِهِ وَهُوَ الْقَرَابَةُ غَيْرُ مُتَجَزِّئٍ فَلَا تَتَجَزَّأُ الْوَلَايَةُ فَكَذَلِكَ هَاهُنَا.

وَأَعْلَمُ أَنَّ الْمُصَنِّفَ اسْتَدَلَّ بِالْمَقُولِ عَلَى وَجْهَيْنِ: جَعَلَ الْمَنَاطَ فِي أَحَدِهِمَا كَوْنُ مَنْ يُعْطَى الأَمَانُ مِمَّنْ يَخَافُونَهُ وَفِي الْآخِرِ الإِيْمَانُ، وَالْأَوَّلُ يَقْتَضِي عَدَمَ جَوَازِ أَمَانِ الْعَبْدِ الْمَخْجُورِ وَالتَّاجِرِ وَالْأَسِيرِ، وَالثَّانِي يَقْتَضِي جَوَازَهُ، وَلَوْ جَعَلَهُمَا عِلَّةً وَاحِدَةً بِحَذْفِ الْوَاوِ مِنَ الثَّانِي لَيَقَعَ عِلَّةً لِقَوْلِهِ ثُمَّ يَتَعَدَّى إِلَى غَيْرِهِ كَانَ أَوَّلًا، وَيُمْكِنُ أَنْ يَجْعَلَ الْأَوَّلَ عِلَّةً وَالثَّانِي شَرْطًا وَسَمَاءً سَبَبًا مَجَازًا، وَالشَّيْءُ يَبْقَى عَلَى عَدَمِهِ عِنْدَ عَدَمِ شَرْطِهِ وَسَيَجِيءُ فِي كَلَامِهِ إِشَارَةٌ إِلَى هَذَا. وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِي ذَلِكَ مَفْسَدَةٌ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ صَحَّ أَمَانُهُمْ. وَقَوْلُهُ (وَقَدْ بَيَّنَّا) يَعْنِي فِي بَابِ الْمَوَادَعَةِ بِقَوْلِهِ وَإِنْ صَلَاحُهُمْ مُدَّةً إلخ وَإِلَيْهِ أَيْضًا أَشَارَ بِقَوْلِهِ (لَمَّا بَيَّنَّا) قِيلَ قَوْلُهُ (وَلَوْ حَاصَرَ الإِمَامُ حَصْنًا وَأَمِنَ وَاحِدٌ مِنَ الْجَيْشِ) تَكَرَّرَ مَحْضٌ لِأَنَّهُ عَلِمَ ذَلِكَ مِنْ قَوْلِهِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِي ذَلِكَ مَفْسَدَةٌ. وَأَقُولُ: يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ قَبْلَ أَنْ يُحَاصِرَ الإِمَامُ وَهَذَا بَعْدُهُ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ أَعَادَهُ تَمْهِيدًا وَتَوَاطُفَةً لِقَوْلِهِ وَيُؤَدِّبُهُ الإِمَامُ لِأَفْتِيَاتِهِ عَلَى رَأْيِهِ: أَيُّ لَسَبَقِهِ عَلَى رَأْيِ الإِمَامِ، وَحَقِيقَةُ الْأَفْتِيَاتِ الِاسْتِبْدَادُ بِالرَّأْيِ وَهُوَ أَفْتِعَالٌ مِنَ الْفَوْتِ وَهُوَ السَّبْقُ (قَوْلُهُ وَلَا يَجُوزُ أَمَانُ ذِمِّيٍّ لِأَنَّهُ مُتَّهَمٌ بِهِمْ) أَيُّ بِالْكَفَّارِ لِلاتِّحَادِ فِي الْإِعْتِقَادِ.

وَمَنْ أَسْلَمَ فِي دَارِ الْحَرْبِ وَلَمْ يَهَاجِرْ إِلَيْنَا لَا يَصِحُّ أَمَانُهُ لَمَّا بَيَّنَّا (وَلَا يَجُوزُ أَمَانُ

العَبْدُ الْمَحْجُورُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ مَوْلَاهُ فِي الْقِتَالِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ يَصِيحُ) وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ، وَأَبُو يُوسُفَ مَعَهُ فِي رِوَايَةٍ، وَمَعَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي رِوَايَةٍ لِمُحَمَّدٍ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أَمَانُ الْعَبْدِ أَمَانٌ»^(١) رَوَاهُ أَبُو مُوسَى الْأَشْعَرِيُّ، وَلَأَنَّهُ مُؤْمِنٌ مُمْتَنِعٌ فَيَصِيحُ أَمَانَهُ اعْتِبَارًا بِالْمَأْذُونِ لَهُ فِي الْقِتَالِ وَبِالْمُؤَيَّدِ مِنَ الْأَمَانِ، فَالْإِيمَانُ لِكَوْنِهِ شَرْطًا لِلْعِبَادَةِ، وَالْجِهَادُ عِبَادَةٌ، وَالْأَمْتِنَاعُ لَتَحَقُّقِ إِزَالَةِ الْخَوْفِ بِهِ، وَالتَّأْثِيرُ إِعْزَازُ الدِّينِ وَإِقَامَةُ الْمَصْلَحَةِ فِي حَقِّ جَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ؛ إِذِ الْكَلَامُ فِي مِثْلِ هَذِهِ الْحَالَةِ، وَإِنَّمَا لَا يَمْلِكُ الْمُسَافِقَةُ لَمَّا فِيهِ مِنْ تَعْطِيلِ مَنَافِعِ الْمَوْلَى وَلَا تَعْطِيلِ فِي مُجَرَّدِ الْقَوْلِ. وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ مَحْجُورٌ عَنِ الْقِتَالِ فَلَا يَصِيحُ أَمَانَهُ لِأَنَّهُمْ لَا يَخَافُونَهُ فَلَمْ يُلَاقِ الْأَمَانُ مَحَلَّهُ، بِخِلَافِ الْمَأْذُونِ لَهُ فِي الْقِتَالِ لِأَنَّ الْخَوْفَ مِنْهُ مُتَحَقِّقٌ، وَلَأَنَّهُ إِنَّمَا لَا يَمْلِكُ الْمُسَافِقَةُ لَمَّا أَنَّهُ تَصَرَّفَ فِي حَقِّ الْمَوْلَى عَلَى وَجْهِ لَا يُعْرِى عَنْ احْتِمَالِ الضَّرَرِ فِي حَقِّهِ، وَالْأَمَانُ نَوْعُ قِتَالٍ وَفِيهِ مَا ذَكَرْنَاهُ؛ لَأَنَّهُ قَدْ يُخْطِئُ بَلْ هُوَ الظَّاهِرُ، وَفِيهِ سَدُّ بَابِ الْاسْتِغْنَامِ، بِخِلَافِ الْمَأْذُونِ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِهِ وَالْخَطَأُ نَادِرٌ لِمُبَاشَرَتِهِ الْقِتَالِ، وَبِخِلَافِ الْمُؤَيَّدِ لِأَنَّهُ خَلَفَ عَنِ الْإِسْلَامِ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الدَّعْوَةِ إِلَيْهِ، وَلَأَنَّهُ مُقَابِلٌ بِالْجِزِيَّةِ وَلَأَنَّهُ مَفْرُوضٌ عِنْدَ مَسْأَلَتِهِمْ ذَلِكَ، وَإِسْقَاطُ الْفَرَضِ نَفْعٌ فَافْتَرَقَا. وَكَوْنُ أَمِنِ الصَّبِيِّ وَهُوَ لَا يَعْقِلُ لَا يَصِيحُ كَالْمَجْنُونِ وَإِنْ كَانَ يَعْقِلُ وَهُوَ مَحْجُورٌ عَنِ الْقِتَالِ فَعَلَى الْخِلَافِ، وَإِنْ كَانَ مَأْذُونًا لَهُ فِي الْقِتَالِ فَلَا صَحَّحُ أَنَّهُ يَصِيحُ بِالِاتِّفَاقِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَا يَصِيحُ أَمَانَهُ لَمَّا بَيَّنَّا) يَعْنِي قَوْلُهُ وَالْأَمَانُ يَخْتَصُّ بِمَحَلِّ الْخَوْفِ. قَالَ (وَلَا يَجُوزُ أَمَانُ الْعَبْدِ إِخْلُجَ) اتَّفَقَ الْعُلَمَاءُ عَلَى أَنَّ أَمَانَ الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ صَحِيحٌ لَمَّا رُوِيَ أَنَّ عَبْدًا كَتَبَ عَلَى سَهْمِهِ بِالْفَارِسِيَّةِ مَتْرَسِيَّتَ وَرَمَى بِهِ إِلَى قَوْمٍ مَحْصُورِينَ، فَرُفِعَ إِلَى عُمَرَ رضي الله عنه فَأَجَازَ أَمَانَهُ وَقَالَ إِنَّهُ رَجُلٌ مِنَ الْمُسْلِمِينَ وَهَذَا الْعَبْدُ كَانَ مُقَاتِلًا لِأَنَّ الرَّمِيَّ فِعْلُ الْمُقَاتِلِ، وَأَمَّا الْعَبْدُ الْمَحْجُورُ عَنِ الْقِتَالِ فَلَا يَصِيحُ أَمَانَهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَيَصِيحُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ وَالشَّافِعِيِّ. وَذَكَرَ الْكَرْخِيُّ قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ مَعَ مُحَمَّدٍ وَاعْتَمَدَ عَلَيْهِ الْقُدُورِيُّ فِي شَرْحِهِ، وَذَكَرَهُ الطَّحَاوِيُّ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ الظَّاهِرُ عَنْهُ، وَاعْتَمَدَ عَلَيْهِ صَاحِبُ الْأَسْرَارِ، وَاسْتِدْلَالُ مُحَمَّدٍ بِالْحَدِيثِ ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ (وَلَاغَةً مُؤْمِنٌ مُمْتَنِعٌ) أَيُّ ذُو قُوَّةٍ وَامْتِنَاعٍ إِشَارَةٌ إِلَى شَرْطِ جَوَازِ الْأَمَانِ وَهُوَ الْإِيمَانُ وَإِلَى عِلَّتِهِ وَهُوَ الْخَوْفُ لِأَنَّ الْخَوْفَ إِنَّمَا يَحْصُلُ مِمَّنْ لَهُ قُوَّةٌ وَامْتِنَاعٌ. وَقَوْلُهُ (وَبِالْمَوْئِدِ مِنَ الْأَمَانِ) يَعْنِي عَقْدَ الذِّمَّةِ، فَإِنَّ الْحَرْبِيَّ إِذَا عَقَدَ عَقْدَ الذِّمَّةِ مَعَ الْعَبْدِ وَقَبِلَ الْجَزْيَةَ وَقَبِلَ الْعَبْدُ مِنْهُ هَذَا الْعَقْدَ يَصِحُّ هَذَا الْعَقْدُ وَالْقَبُولُ مِنَ الْعَبْدِ وَيَصِيرُ ذِمِّيًّا بِالِاتِّفَاقِ حَتَّى تَجْرِيَ عَلَيْهِ أَحْكَامُ أَهْلِ الذِّمَّةِ مِنَ الْمَنَعِ عَنِ الْخُرُوجِ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ وَقِصَاصِ قَاتِلِهِ وَغَيْرِ ذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (فَالْإِيمَانُ لِكَوْنِهِ شَرْطًا لِلْعِبَادَةِ) يَعْنِي شَرْطَنَا الْإِيمَانَ فِي قَوْلِنَا وَلَاغَةً مُؤْمِنٌ مُمْتَنِعٌ فَيَصِحُّ أَمَانُهُ لِأَنَّهُ شَرْطٌ لِلْعِبَادَةِ (وَالْجِهَادُ عِبَادَةٌ) وَهَذَا هُوَ الْمَوْعُودُ بِقَوْلِنَا فِيمَا تَقَدَّمَ وَسَيَجِيءُ فِي كَلَامِهِ إِشَارَةٌ إِلَى هَذَا. وَقَوْلُهُ (وَالْامْتِنَاعُ) يَعْنِي وَشَرْطَنَا الْامْتِنَاعَ لِيَتَحَقَّقَ إِزَالَةُ الْخَوْفِ بِهِ.

وَقَوْلُهُ (وَالثَّائِرُ إِعْزَازُ الدِّينِ) يَعْنِي الْعِلَّةَ الْجَامِعَةَ فِي قِيَاسِ الْعَبْدِ الْمَحْجُورِ عَلَى الْمَأْذُونِ لَهُ إِعْزَازُ الدِّينِ وَإِقَامَةُ الْمَصْلَحَةِ إلخ. وَتَحْقِيقُ هَذَا أَنَّ الْوَصْفَ الْمُؤَثِّرَ فِي أَمَانِ الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ لَهُ الْامْتِنَاعُ وَشَرْطُهُ الْإِيمَانُ، وَهَذَا الْوَصْفُ مُعَلَّلٌ بِظُهُورِهِ أَثَرِهِ وَهُوَ إِعْزَازُ الدِّينِ وَإِقَامَةُ الْمَصْلَحَةِ فِي حَقِّ جَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ فِي عَيْنِ هَذَا الْحُكْمِ وَهُوَ الْأَمَانُ فِي الْحُرِّ، فَإِذَا وُجِدَ فِي الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ صَحَّ تَعْدِيَّتُهُ إِلَيْهِ كَمَا فِي سَائِرِ الْأَقْسِيسَةِ. وَقَوْلُهُ (وَلِأَنَّمَا لَا يَمْلِكُ الْمُسَافِقَةَ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ الْأَصْلُ فِي الْجِهَادِ هُوَ الْمُسَافِقَةُ وَهُوَ لَا يَمْلِكُهَا فَلَا يَمْلِكُ الْأَمَانُ أَيْضًا، وَتَقْرِيرُهُ إِنَّمَا لَا يَمْلِكُ الْمُسَافِقَةَ (لِمَا فِيهِ مِنْ تَعْطِيلِ مَنَافِعِ الْمَوْلَى) وَهُوَ لَا يَمْلِكُ ذَلِكَ (وَلَا تَعْطِيلُ) لِمَنَافِعِهِ (فِي مُجَرَّدِ الْقَوْلِ).

وَقَوْلُهُ (وَلَأَبْيَ حَنِيفَةً أَنَّهُ مَحْجُورٌ عَنِ الْقِتَالِ) يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ مُمَانِعُهُ. وَتَقْرِيرُهُ لَا نُسَلِّمُ وَجُودَ الْامْتِنَاعِ لِأَنَّ الْامْتِنَاعَ إِنَّمَا يَكُونُ لَتَحَقُّقِ إِزَالَةِ الْخَوْفِ وَهُمْ لَا يَخَافُونَهُ، وَأَنْ يَكُونَ مُعَارَضَةً وَهُوَ الظَّاهِرُ مِنْ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ، وَتَقْرِيرُهُ أَنَّهُ مَحْجُورٌ عَنِ الْقِتَالِ وَكُلُّ مَحْجُورٍ عَنِ الْقِتَالِ لَا يَصِحُّ أَمَانُهُ لِأَنَّهُمْ لَا يَخَافُونَهُ، وَفِيهِ نَظَرٌ فَإِنَّ الْخَوْفَ أَمْرٌ بَاطِنٌ لَا دَلِيلَ عَلَى وَجُودِهِ وَلَا عَدَمِهِ، فَالْكَفَّارُ مِنْ أَيْنَ يَعْلَمُونَ أَنَّهُ عَبْدٌ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ حَتَّى لَا يَخَافُونَهُ.

وَالْجَوَابُ أَنَّ ذَلِكَ يُعْلَمُ بِتَرْكِ الْمُسَافِقَةِ فَإِنَّهُمْ لَمَّا رَأَوْا شَأْبًا مُقْتَدِرًا عَلَى الْقِتَالِ مَعَ الْمُقَاتِلِينَ وَلَا يَحْمِلُ سِلَاحًا وَلَا يُقَاتِلُهُمْ عَلِمُوا أَنَّهُ مَمْنُوعٌ عَنْ ذَلِكَ مِمَّنْ لَهُ الْمَنَعُ. وَلَوْ

قَالَ الْمُصَنِّفُ إِنَّهُ مَحْجُورٌ عَنِ الْقِتَالِ وَالْأَمَانُ نَوْعُ قِتَالٍ لَكَانَ أَسْهَلَ إِنْثَابًا لِمَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله فَتَأَمَّلْ. وَقَوْلُهُ (وَفِيهِ مَا ذَكَرْنَاهُ) يُرِيدُ أَنَّهُ تَصَرَّفَ فِي حَقِّ الْمَوْلَى عَلَى وَجْهِ لَا يَعْرِى عَنْ احْتِمَالِ الضَّرَرِ. وَقَوْلُهُ (وَفِيهِ سَدُّ بَابِ الِاسْتِغْنَامِ) أَيُّ عَلَى الْمُسْلِمِينَ وَذَلِكَ ضَرَرٌ فِي حَقِّهِمْ، فَإِذَا كَانَ مَمْنُوعًا عَنِ الضَّرَرِ لِلْمَوْلَى فَكَيْفَ يَصِحُّ مِنْهُ مَا يَضُرُّ الْمَوْلَى وَالْمُسْلِمِينَ.

وَقَوْلُهُ (وَبِخِلَافِ الْمُؤَبَّدِ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِ مُحَمَّدٍ صُورَةَ التَّزَاكِ عَلَى عَقْدِ الذِّمَّةِ (لَأَنَّهُ) أَيُّ الْأَمَانُ الْمُؤَبَّدُ (خَلَفَ عَنِ الْإِسْلَامِ) مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَنْتَهِي بِهِ الْقِتَالُ الْمَطْلُوبُ بِهِ إِسْلَامُ الْحَرْبِيِّ (فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الدَّعْوَةِ إِلَيْهِ) أَيُّ إِلَى الْإِسْلَامِ وَهِيَ تَنْفَعُ (وَلَأَنَّهُ مُقَابَلٌ بِالْجِزْيَةِ) وَهِيَ تَنْفَعُ (وَلَأَنَّهُ مَفْرُوضٌ عِنْدَ مَسْأَلَتِهِمْ ذَلِكَ) يَعْنِي أَنَّ الْكُفَّارَ إِذَا طَلَبُوا عَقْدَ الذِّمَّةِ يُفْتَرَضُ عَلَى الْإِمَامِ إِجَابَتُهُمْ إِلَيْهِ (وَإِسْقَاطُ الْفَرَضِ نَفْعٌ فَافْتَرَقَا).

وَقَوْلُهُ (فَهُوَ عَلَى الْخِلَافِ) يَعْنِي عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله لَا يَصِحُّ أَمَانُهُ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَصِحُّ. وَقَوْلُهُ (وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَصِحُّ بِالِاتِّفَاقِ) أَيُّ بِاتِّفَاقِ أَصْحَابِنَا لَيْسَ عَلَى الْخِلَافِ لَأَنَّهُ تَصَرَّفَ دَائِرَتَيْنِ التَّنْفَعِ وَالضَّرَرِ كَالْبَيْعِ فَيَمْلِكُهُ الصَّبِيُّ بَعْدَ الْإِذْنِ.

بَابُ الْغَنَائِمِ وَقِسْمَتِهَا

(وَإِذَا فَتَحَ الْإِمَامُ بِلَدَةً عَنُودَةً) أَيُّ قَهْرًا (فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ قَسَمَهُ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ) كَمَا فَعَلَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم بِخَيْبَرَ (وَإِنْ شَاءَ أَقْرَأَهُ عَلَيْهِ وَوَضَعَ عَلَيْهِمُ الْجِزْيَةَ وَعَلَى أَرْضِيهِمُ الْخَرَاجَ) كَذَلِكَ فَعَلَ عُمَرُ رضي الله عنه بِسُودَانَ الْعِرَاقِ بِمُؤَافَقَتِهِ مِنَ الصَّحَابَةِ وَلَمْ يُحْمَدَ مِنْ خَالَفَهُ، وَفِي كُلِّ مِنْ ذَلِكَ قُدُوءٌ فَيَتَخَيَّرُ. وَفِيهِ الْأَوَّلَى هُوَ الْأَوَّلُ عِنْدَ حَاجَةِ الْغَانِمِينَ، وَالثَّانِي عِنْدَ عَدَمِ الْحَاجَةِ لِيَكُونَ عِدَّةٌ فِي الزَّمَانِ الثَّانِي، وَهَذَا فِي الْعَقَارِ. أَمَّا فِي الْمَنْقُولِ الْمَجْرَدِ لَا يَجُوزُ الْمَنُّ بِالرَّدِّ عَلَيْهِمْ؛ لَأَنَّهُ لَمْ يَرِدْ بِهِ الشَّرْعُ فِيهِ، وَفِي الْعَقَارِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ لِأَنَّ فِي الْمَنِّ إِبْطَالَ حَقِّ الْغَانِمِينَ أَوْ مِلْكِهِمْ فَلَا يَجُوزُ مِنْ غَيْرِ بَدَلٍ يُعَادِلُهُ، وَالْخَرَاجُ غَيْرُ مُعَادِلٍ لِقَتْلِهِ، بِخِلَافِ الرِّقَابِ لِأَنَّ لِلْإِمَامِ أَنْ يَبْطِلَ حَقَّهُمْ رَأْسًا بِالْقَتْلِ، وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَاهُ، وَلَأنَّ فِيهِ نَظَرًا؛ لِأَنَّهُمْ كَالْأَكْرَةِ الْعَامِلَةِ لِلْمُسْلِمِينَ الْعَامِلَةِ بِوُجُوهِ الزَّرَاعَةِ وَالْمُؤْنِ مُرْتَفِعَةً مَعَ مَا أَنَّهُ يَحْظَى بِهِ الَّذِينَ يَأْتُونَ مِنْ بَعْدِ، وَالْخَرَاجُ وَإِنْ قَلَّ حَالًا فَقَدْ جَلَّ مَا لَا لِدَوَامِهِ، وَإِنْ مَنَّ عَلَيْهِمُ بِالرِّقَابِ وَالْأَرْضِ يَدْفَعُ إِلَيْهِمُ مِنَ الْمَنْقُولَاتِ بِقَدْرِ مَا يَنْتَهِي لَهُمْ

الْعَمَلُ لِيُخْرَجَ عَنْ حَدِّ الْكَرَاهَةِ.

الشرح:

(بَابُ الْغَنَائِمِ وَقِسْمَتِهَا) أَخْرَجَ بَابَ الْغَنَائِمِ وَحُكْمَهَا عَنْ فَصْلِ الْأَمَانِ لِأَنَّ الْإِمَامَ بَعْدَ الْمُحَاصِرَةِ إِمَّا أَنْ يُؤْمِنَهُمْ أَوْ يَقْتُلَهُمْ وَيَسْتَعْنِمُ أَمْوَالَهُمْ، فَلَمَّا فَرَغَ مِنْ ذِكْرِ الْأَمَانِ ذَكَرَ الْغَنَائِمَ وَقِسْمَتَهَا. وَالْغَنِيمَةُ مَا نِيلَ مِنْ أَهْلِ الشَّرْكَ عُنُوةً وَالْحَرْبُ قَائِمَةٌ. وَحُكْمُهَا أَنْ تُخَمَّسَ وَالْبَاقِي بَعْدَ الْخُمْسِ لِلْغَانِمِينَ خَاصَّةً (وَإِذَا فَتَحَ الْإِمَامُ بِلَدَةً عُنُوةً أَيْ قَهْرًا) قَالَ فِي النَّهَايَةِ: قَوْلُهُ قَهْرًا لَيْسَ بِتَفْسِيرٍ لَهُ لَعَةً لِأَنَّ عَنَا عُنُوةً بِمَعْنَى ذَلٍّ وَخَضَعٍ وَهُوَ لَا زِمٌ وَقَهْرٌ مُتَعَدٍّ، بَلْ يَكُونُ هُوَ تَفْسِيرُهُ مِنْ طَرِيقِ شُعُورِ الذَّهْنِ لِأَنَّ مِنَ الذَّلَّةِ يَلْزَمُ الْقَهْرُ أَوْ أَنَّ الْفَتْحَ بِالذَّلَّةِ يَسْتَلْزِمُ الْقَهْرَ (فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ قَسَمَهُ) أَيْ قَسَمَ الْبَلَدَةَ بِتَأْوِيلِ الْبَلَدِ (بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ كَمَا فَعَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِخَيْبَرَ، وَإِنْ شَاءَ أَقْرَأَهُ عَلَيْهِ وَوَضَعَ عَلَيْهِمُ الْجَزْيَةَ وَعَلَى أَرْضِيهِمُ الْخَرَاجَ، كَذَا فَعَلَ عُمَرُ ﷺ بِسَوَادِ الْعِرَاقِ بِمُوافَقَةٍ مِنَ الصَّحَابَةِ) فَإِنْ قِيلَ: قَدْ خَالَفَهُ فِي ذَلِكَ جَمَاعَةٌ، أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَلَمْ يَحْمَدْ مَنْ خَالَفَهُ) يُرِيدُ بِهِ تَفَرُّاً يَسِيرًا مِنْهُمْ بِلَالٍ حَتَّى دَعَا عَلَيْهِمْ عَلَى الْمَنَبْرِ فَقَالَ: اللَّهُمَّ اكْفِنِي بِلَالًا وَأَصْحَابَهُ فَمَا حَالُ الْحَوْلِ وَفِيهِمْ عَيْنٌ تَطْرِفُ: أَيْ مَاتُوا جَمِيعًا (وَفِي كُلِّ مِنْ ذَلِكَ قُدُوةٌ فَيَتَخَيَّرُ) وَلَقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: لَا تُسَلِّمُ أَنْ وَاحِدًا مِنَ الصَّحَابَةِ بَلْ أَكْثَرُهُمْ يَصِيرُ قُدُوةً عَلَى خِلَافِ مَا فَعَلَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِذْ لَمْ يَصِلْ إِلَى حَدِّ الْإِجْمَاعِ. وَالْجَوَابُ عَنْهُ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ فِعْلَ النَّبِيِّ ﷺ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى أَيْ جِهَةٍ فَعَلَهُ يُحْمَلُ عَلَى أَدْنَى مَنَازِلِ أَفْعَالِهِ وَهُوَ الْإِبَاحَةُ وَحَيْثُ لَا يَسْتَوْجِبُ الْعَمَلُ لَا مَحَالَةَ، فَإِذَا ظَهَرَ دَلِيلُ الصَّحَابِيِّ جَازَ أَنْ يَعْمَلَ بِخِلَافِهِ. وَالثَّانِي أَنَّهُ عَلَى تَقْدِيرِ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فَعَلَ ذَلِكَ وَجُوبًا، فَإِنَّ عُمَرَ ﷺ فَعَلَ مَا فَعَلَ مُسْتَنِبًا مِنْ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَالَّذِينَ جَاءُوا مِنْ بَعْدِهِمْ﴾ [الحشر: ١٠] بَعْدَ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَى﴾ [الحشر: ٨] فَيَكُونُ ثَابِتًا بِإِشَارَةِ النَّصِّ وَهِيَ تُفِيدُ الْقَطْعَ فَيَكُونُ الْوَاجِبُ أَحَدَهُمَا يَتَعَيَّنُ بِفِعْلِ الْإِمَامِ كَالْوَاجِبِ الْمُخَيَّرِ كَمَا فِي خِصَالِ الْكُفَّارَةِ، فَفَعَلَ النَّبِيُّ ﷺ أَحَدَهُمَا وَعُمَرُ الْآخَرُ (وَقِيلَ) فِي التَّوْفِيقِ بَيْنَهُمَا أَنَّ (الْأَوَّلَى هُوَ الْأَوَّلُ عِنْدَ حَاجَةِ الْغَانِمِينَ) كَمَا فَعَلَ النَّبِيُّ ﷺ فَإِنَّهُ كَانَ عِنْدَ

حَاجَةِ الْمُسْلِمِينَ (وَالثَّانِي عِنْدَ عَدَمِ الْحَاجَةِ) كَمَا فَعَلَ عُمَرُ رضي الله عنه (لِيَكُونَ عِدَّةٌ فِي الزَّمَانِ الثَّانِي، وَهَذَا) أَيُّ إِفْرَارِ أَهْلِ بَلَدٍ عَلَى بِلَدِهِمْ بِالْمَنْ عَلَيْهِمْ (فِي الْعَقَارِ، أَمَا فِي الْمُنْقُولِ الْمَجْرَدِ فَلَا يَجُوزُ الْمَنْ بِالرَّدِّ) بَأَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِمْ مَجَانًّا وَيُنْعِمَ بِهِ عَلَيْهِمْ، وَإِنَّمَا قَيْدُ الْمُنْقُولِ بِالْمَجْرَدِ لِأَنَّهُ يَجُوزُ الْمَنْ عَلَيْهِمْ بِالْمُنْقُولِ بِطَرِيقِ التَّيَبُّعِ لِلْعَقَارِ وَذَلِكَ فِي قَوْلِهِ بَعْدَ هَذَا وَإِنْ مَنْ عَلَيْهِمْ بِالرَّقَابِ وَالْأَرَاضِي يَدْفَعُ إِلَيْهِمْ مِنَ الْمُنْقُولَاتِ بِقَدْرِ مَا يَتَّهَيُّ لُهُمُ الْعَمَلُ.

وَقَوْلُهُ (لِأَنَّهُ لَمْ يَرِدْ بِهِ) أَيُّ بِالْمَنْ (الشَّرْعُ فِيهِ) أَيُّ فِي الْمُنْقُولِ الْمَجْرَدِ وَفِي الْعَقَارِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ الْمَنْ فِيهِ. قَالَ (لَأَنَّ فِي الْمَنْ إِبْطَالَ حَقِّ الْغَانِمِينَ) عِنْدَكُمْ لِأَنَّ حَقَّهُمْ قَدْ ثَبَتَ وَتَأَكَّدَ بِالْإِحْرَازِ فَقَدْ صَارَ مُحْرَرًا يَفْتَحُ الْبِلْدَةَ وَإِجْرَاءُ أَحْكَامِ الْإِسْلَامِ فِيهَا وَلَيْسَ لِلْإِمَامِ ذَلِكَ (أَوْ مَلَكَهُمْ) يَعْنِي عِنْدِي، فَإِنَّ الْمَلِكَ قَدْ ثَبَتَ لَهُمْ بِنَفْسِ الْإِحْرَازِ (فَلَا يَجُوزُ) يَعْنِي إِبْطَالَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْحَقِّ وَالْمِلْكِ (مِنْ غَيْرِ بَدَلٍ يُعَادِلُهُ)

فَإِنْ قِيلَ: الْخَرَاجُ يُعَادِلُهُ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَالْخَرَاجُ غَيْرُ مُعَادِلٍ لِقَتْلِهِ) فَإِنْ قِيلَ: فَالْحَقُّ أَوْ الْمِلْكُ ثَبَتَ فِي رِقَابِهِمْ أَيْضًا وَجَازَ لَهُ أَنْ لَا يَفْسِمَهَا. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (بِخِلَافِ الرَّقَابِ) يَعْنِي أَنَّ حَقَّهُمْ لَمْ يَتَّعَلَقْ بِهَا (وَلِأَنَّ لِلْإِمَامِ أَنْ يُبْطِلَ حَقَّهُمْ رَأْسًا بِالْقَتْلِ) فَكَذَا لَهُ أَنْ يُبْطِلَهُ بِالْخَلْفِ وَهُوَ الْجَزِيَّةُ، وَهَذَا لِأَنَّهُا خُلِقَتْ فِي الْأَصْلِ أَحْرَارًا وَالْمِلْكُ ثَبَتَ بِعَارِضٍ، فَالْإِمَامُ إِذَا اسْتَرْقَقَهُمْ فَقَدْ بَدَّلَ حُكْمَ الْأَصْلِ، فَإِذَا جَعَلَهُمْ أَحْرَارًا فَقَدْ بَقِيَ حُكْمُ الْأَصْلِ فَكَانَ جَائِزًا (وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَا) يَعْنِي مِنْ فِعْلِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. وَقَوْلُهُ (وَلِأَنَّ فِيهِ نَظْرًا) يَعْنِي أَنَّ تَصَرُّفَ الْإِمَامِ وَقَعَ عَلَى وَجْهِ النَّظَرِ فِي إِفْرَارِ أَهْلِهَا عَلَيْهِمْ لِأَنَّهُ لَوْ قَسَمَهَا بَيْنَهُمْ اشْتَغَلُوا بِالزَّرَاعَةِ وَقَعَدُوا عَنِ الْجِهَادِ فَكَانَ يَكْرُهُ عَلَيْهِمُ الْعَدُوُّ، وَرَبَّمَا لَا يَهْتَدُونَ لِذَلِكَ الْعَمَلِ أَيْضًا، فَإِذَا تَرَكَهَا فِي أَيْدِيهِمْ وَهُمْ عَارِفُونَ بِالْعَمَلِ صَارُوا (كَالْأَكْرَةِ) أَيُّ الْمُزَارَعِينَ (الْعَامِلَةِ لِلْمُسْلِمِينَ الْعَامِلَةِ بِوُجُوهِ الزَّرَاعَةِ وَالْمُونُ مُرْتَفَعَةٌ مَعَ مَا أَلَّهُ يَحْظِي بِهِ الَّذِينَ يَأْتُونَ مِنْ بَعْدِ) كَانَ فِيهِ نَظَرٌ لَا مُحَالَةَ فَيَكُونُ جَائِزًا. وَقَوْلُهُ (وَالْخَرَاجُ وَإِنْ قُلَّ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَالْخَرَاجُ غَيْرُ مُعَادِلٍ لِقَتْلِهِ وَتَقْرِيرُهُ الْخَرَاجُ وَإِنْ قُلَّ (حَالًا) لِكُونِهِ بَعْضُ مَا يُمَكِّنُ أَنْ يَخْرُجَ فِي سَنَةٍ (فَقَدْ جَلَّ مَا لَا لَدَوَامِهِ) بِوُجُوهِهِ فِي كُلِّ سَنَةٍ. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ مَنْ عَلَيْهِمْ) ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ (لِيَخْرُجَ عَنْ حَدِّ الْكَرَاهَةِ) مَعْنَاهُ مَا قَالَ الْإِمَامُ التُّمَرْتَّاشِيُّ، فَإِنْ مَنْ

عَلَيْهِمْ بِرِقَابِهِمْ وَأَرْضِيهِمْ وَقَسَمَ النَّسَاءُ وَالذَّرِيَّةُ وَسَائِرَ الْأَمْوَالِ جَازًا، وَلَكِنْ يُكْرَهُ لَأَنَّهُمْ لَا يَتَنَفَّعُونَ بِالْأَرْضِ بِدُونِ الْمَالِ، وَلَا بَقَاءَ لَهُمْ بِدُونِ مَا يُمَكِّنُ بِهِ تَرْجِيَةَ الْعُمُرِ إِلَّا أَنْ يَدَعَ لَهُمْ مَا يُمَكِّنُهُمْ فِي الْعَمَلِ فِي الْأَرْضِ،

قَالَ (وَهُوَ فِي الْأَسَارَى بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ قَتْلُهُمْ) «لَأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَدْ قَتَلَ» وَلَأَن فِيهِ حَسْمَ مَادَةِ الْفَسَادِ (وَإِنْ شَاءَ اسْتَرْقَهُمْ) لَأَن فِيهَا دَفْعَ شَرِّهِمْ مَعَ وَفُورِ الْمَنْفَعَةِ لِأَهْلِ الْإِسْلَامِ (وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُمْ أَحْرَارًا ذِمَّةً لِلْمُسْلِمِينَ) لَمَّا بَيَّنَّاهُ (إِلَّا مُشْرِكِي الْعَرَبِ وَالْمُرْتَدِّينَ) عَلَى مَا ثَبِّينَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَرُدُّهُمْ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ) لَأَن فِيهِ تَقْوِيَتُهُمْ عَلَى الْمُسْلِمِينَ، فَإِنْ أَسْلَمُوا لَا يَقْتُلُهُمْ لِاتِّدْفَاعِ الشَّرِّ بِدُونِهِ (وَلَهُ أَنْ يَسْتَرْقَهُمْ) تَوْفِيرًا لِلْمَنْفَعَةِ بَعْدَ انْعِقَادِ سَبَبِ الْمَلِكِ بِخِلَافِ إِسْلَامِهِمْ قَبْلَ الْأَخَذِ؛ لَأَنَّهُ لَمْ يَنْعَقِدِ السَّبَبُ بَعْدُ (وَلَا يُفَادَى بِالْأَسَارَى عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ: يُفَادَى بِهِمْ أَسَارَى الْمُسْلِمِينَ) وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ لَأَن فِيهِ تَخْلِيصَ الْمُسْلِمِ وَهُوَ أَوْلَى مِنْ قَتْلِ الْكَافِرِ وَالْإِنْتِفَاعِ بِهِ. وَلَهُ أَنْ فِيهِ مَعُونَةٌ لِلْكَفَرَةِ؛ لَأَنَّهُ يَعُودُ حَرْبًا عَلَيْنَا، وَدَفْعُ شَرِّ حَرْبِهِ خَيْرٌ مِنْ اسْتِنْقَادِ الْأَسِيرِ الْمُسْلِمِ؛ لَأَنَّهُ إِذَا بَقِيَ فِي أَيْدِيهِمْ كَانَ ابْتِلَاءً فِي حَقِّهِ غَيْرَ مُضَافٍ إِلَيْنَا، وَالْإِعَانَةُ بِدَفْعِ أَسِيرِهِمْ إِلَيْهِمْ مُضَافٌ إِلَيْنَا. أَمَّا الْمَفَادَةُ بِمَالٍ يَأْخُذُهُ مِنْهُمْ لَا يَجُوزُ فِي الْمَشْهُورِ مِنَ الْمَذْهَبِ لَمَّا بَيَّنَّاهُ. وَفِي السَّيْرِ الْكَبِيرِ أَنَّهُ لَا بَأْسَ بِهِ إِذَا كَانَ بِالْمُسْلِمِينَ حَاجَةً اسْتَدَلَّ بِأَسَارَى بَدْرٍ، وَلَوْ كَانَ أَسْلَمَ الْأَسِيرُ فِي أَيْدِينَا لَا يُفَادَى بِمُسْلِمٍ أَسِيرٍ فِي أَيْدِيهِمْ لَأَنَّهُ لَا يُفِيدُ إِلَّا إِذَا طَابَتْ نَفْسُهُ بِهِ وَهُوَ مَأْمُونٌ عَلَى إِسْلَامِهِ. قَالَ (وَلَا يَجُوزُ الْمَنُّ عَلَيْهِمْ) أَي عَلَى الْأَسَارَى خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فَإِنَّهُ يَقُولُ «مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عَلَى بَعْضِ الْأَسَارَى يَوْمَ بَدْرٍ»^(١). وَلَنَا قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ﴾ [التوبة: ٥] «وَلَأَنَّهُ بِالْأَسْرِ وَالْقَسْرِ ثَبَتَ حَقُّ الْأَسْتِرْقَاقِ فِيهِ فَلَا يَجُوزُ اسْقَاطُهُ بِغَيْرِ مَنْفَعَةٍ وَعَوَضٍ، وَمَا رَوَاهُ مَنْسُوخٌ بِمَا تَلَوْنَا.

الشرح:

قَالَ (وَهُوَ فِي الْأَسَارَى بِالْخِيَارِ) الْإِمَامُ فِيمَا حَصَلَ تَحْتَ يَدِهِ مِنَ الْأَسَارَى مُخَيَّرٌ بَيْنَ الْأُمُورِ الثَّلَاثَةِ: إِنْ شَاءَ قَتْلُهُمْ «لَأَنَّهُ ﷺ قَدْ قَتَلَ عُقْبَةَ بْنِ أَبِي مُعَيْطٍ وَالنَّضَرَ بْنَ الْحَارِثِ بَعْدَمَا حَصَلَا فِي يَدِهِ، وَقَتَلَ بَنِي قُرَيْظَةَ بَعْدَ ثُبُوتِ الْيَدِ عَلَيْهِمْ»، فَإِنْ أَسْلَمُوا

(١) أخرجه البخاري في الخمس باب ١٩، وانظر نصب الراية (٣/٦١٥).

سَقَطَ عَنْهُمْ الْقَتْلُ لِأَنَّهُ عُقُوبَةٌ وَجَبَتْ لِلْبَقَاءِ عَلَى الْكُفْرِ، فَإِذَا زَالَ الْكُفْرُ سَقَطَ الْقَتْلُ (وَإِنْ شَاءَ اسْتَرْقَهُمْ لِأَنَّ فِيهِ دَفْعَ شَرِّهِمْ مَعَ وَفُورِ الْمُنْفَعَةِ لِأَهْلِ الْإِسْلَامِ) فَإِنْ أَسْلَمُوا بَعْدَ ذَلِكَ لَمْ يَسْقُطْ عَنْهُمْ الرِّقُّ لِأَنَّ الرِّقَّ جَزَاءُ الْكُفْرِ الْأَصْلِيِّ عَلَى مَا عُرِفَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَسْلَمُوا قَبْلَ الْإِسْتِيلَاءِ حَيْثُ لَا يَجُوزُ الْقَتْلُ وَالْإِسْتِرْقَاقُ أَيْضًا لِأَنَّهُ قَدْ صَارَ أَوْلَى النَّاسِ بِنَفْسِهِ قَبْلَ انْعِقَادِ سَبَبِ الْمَلِكِ وَهُوَ الْإِسْتِيلَاءُ وَالْأَخْذُ (وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُمْ أَحْرَارًا ذِمَّةً لِلْمُسْلِمِينَ لَمَّا بَيَّنَّا) مَنْ فَعَلَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. فَإِنْ قِيلَ: «فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ» يُنَافِي تَرْكَ قَتْلِهِمْ فَلَا يَجُوزُ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ تَرَكَ الْعَمَلَ بِهِ فِي حَقِّ أَهْلِ الذِّمَّةِ وَالْمُسْتَأْمِنِ فَكَذَا فِي الْمُتَنَازَعِ فِيهِ بِفِعْلِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. وَقَوْلُهُ (إِلَّا مُشْرِكِي الْعَرَبِ) اسْتِنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُمْ أَحْرَارًا. وَلِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: هَذِهِ الْأَدْلَةُ تُدَلُّ عَلَى خِلَافِ الْمُدَّعِي؛ لِأَنَّ الْمُدَّعِيَّ هُوَ أَنْ يَكُونَ الْإِمَامَ مُخَيَّرًا بَيْنَ الْأُمُورِ الثَّلَاثَةِ، وَالْأَدْلَةُ تُدَلُّ عَلَى وَجُوبِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا لِأَنَّهُ قَالَ: لِأَنَّ فِيهِ حَسَمَ مَادَّةِ الْقِتَالِ وَذَلِكَ وَاجِبٌ لَا مَحَالَةَ، ثُمَّ قَالَ: لِأَنَّ فِيهِ دَفْعَ شَرِّهِمْ مَعَ وَفُورِ الْمُنْفَعَةِ لِأَهْلِ الْإِسْلَامِ وَهُوَ كَالأَوَّلِ وَأَقْوَى.

ثُمَّ اسْتَدَلَّ بِمَا فَعَلَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بِقَوْلِهِ لَمَّا بَيَّنَّا، وَهُوَ إِنْمَا يَصِحُّ عَلَى تَقْدِيرِ أَنْ يَكُونَ مَا فَعَلَهُ وَاجِبًا وَإِلَّا لَزِمَ التَّخْيِيرُ بَيْنَ الْوَاجِبِ وَغَيْرِهِ وَهُوَ لَا يَجُوزُ. وَالْجَوَابُ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْأُمُورِ وَاجِبٌ وَالْإِمَامُ مُخَيَّرٌ بَيْنَهَا كَمَا فِي الْوَاجِبِ الْمُخَيَّرِ. وَقَوْلُهُ (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَرُدَّهُمْ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَلَا يُفَادِي بِالْأَسَارَى) وَالْمُفَادَاةُ بَيْنَ اثْنَيْنِ، يُقَالُ فَادَاهُ إِذَا أَطْلَقَهُ وَأَخَذَ فِدْيَتَهُ، وَمَنْهُ قَوْلُهُ وَلَا يُفَادِي بِالْأَسَارَى: أَيُّ لَا يُعْطَى أَسَارَى الْكُفَّارِ وَيُؤْخَذُ مِنْهُمْ أَسَارَى الْمُسْلِمِينَ أَوْ الْمَالُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يُفَادِي بِهِمْ أَسَارَى الْمُسْلِمِينَ، وَلَا تَجُوزُ الْفِدْيَةُ بِالْمَالِ. وَجَعَلَ فِي السَّيْرِ الْكَبِيرِ قَوْلَهُمَا أَظْهَرَ الرُّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ. وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا ذَكَرَهُ أَنَّ فِيهِ تَخْلِيصَ الْمُسْلِمِ وَهُوَ أَوْلَى مِنْ قَتْلِ الْكَافِرِ وَالْإِنْتِفَاعِ بِهِ. وَقَوْلُهُ (وَلَهُ أَنْ فِيهِ تَقْوِيَةٌ) فِي بَعْضِ النُّسخِ مَعُونَةٌ ظَاهِرَةٌ، وَيَجُوزُ أَنْ يَبْرَزَ هَذَا فِي مُبَرِّزِ دَفْعِ الضَّرَرِ الْعَامِ بِتَحْمُلِ الضَّرَرِ الْخَاصِّ كَمَا مَرَّ فِي صُورَةِ الرَّمِيِّ عِنْدَ التَّرْتُّسِ بِالْمُسْلِمِينَ. وَأَمَّا الْمُفَادَاةُ بِأَخْذِ الْمَالِ مِنْهُمْ) فِي إِطْلَاقِ أَسْرَاهُمْ (فَلَا تَجُوزُ فِي الْمَشْهُورِ مِنْ مَذْهَبِ أَصْحَابِنَا لَمَّا بَيَّنَّا) أَنَّ فِيهِ تَقْوِيَةٌ أَوْ مَعُونَةٌ لِلْكَفَرَةِ بِعَوْدِهِمْ حَرْبًا عَلَيْنَا (وَفِي السَّيْرِ الْكَبِيرِ أَنَّهُ لَا بَأْسَ بِهِ إِذَا كَانَ بِالْمُسْلِمِينَ حَاجَةً اسْتِدْلَالًا بِأَسَارَى بَدَنٍ) وَسَيَجِيءُ جَوَابُهُ. وَقَوْلُهُ (وَلَا يَجُوزُ الْمَنْ عَلَيْهِمُ) الْمُرَادُ بِالْمَنْ عَلَيْهِمْ هُوَ الْإِنْعَامُ

عَلَيْهِمْ بِأَنْ يَتْرُكَهُمْ مَجَانًا مِنْ غَيْرِ اسْتِرْقَاقٍ وَلَا ذِمَّةٍ وَلَا قَتْلٍ (خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فَإِنَّهُ يَقُولُ: «مَنْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَلَى بَعْضِ الْأَسَارَى يَوْمَ بَدْرٍ يَعْنِي أَبَا عَزَّةَ الْجُمَحِيِّ» (وَلَنَا قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ﴾ [التوبة: ٥] وَلَآئِهِ بِالْأَسْرِ وَالْقَسْرِ ثَبَتَ حَقُّ الاسْتِرْقَاقِ فِيهِ) لِلْعَانِمِينَ.

فَلَا يَجُوزُ إِسْقَاطُهُ بِغَيْرِ مَنَفْعَةٍ وَعَوَضٍ كَسَائِرِ الْأَمْوَالِ الْمُعْتَمَةِ (وَمَا رَوَاهُ) مِنَ الْمَنِّ عَلَى أَبِي عَزَّةَ فَهُوَ (مُسْوُوحٌ بِمَا تَلَوْنَا) وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَأِمَّا مَتًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً﴾ [محمد: ٤] وَكَذَلِكَ قِصَّةُ أُسَارَى بَدْرٍ، لِأَنَّ سُورَةَ بَرَاءةٍ كَانَتْ آخِرَ مَا نَزَلَ، وَقَدْ تَضَمَّنَتْ وَجُوبَ الْقَتْلِ عَلَى كُلِّ حَالٍ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ﴾ [التوبة: ٥] فَكَانَ نَاسِخًا لِمَا تَقَدَّمَ كُلَّهُ. وَلَقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: قَدْ أَجْمَعُوا عَلَى أَنَّهُ مَخْصُوصٌ خَصَّ مِنْهُ الذَّمُّ وَالْمُسْتَأْمَنُ فَجَازَ أَنْ يَخُصَّ مِنْهُ الْأَسِيرُ قِيَاسًا عَلَيْهِمْ أَوْ بِحَدِيثِ أَبِي عَزَّةٍ أَوْ غَيْرِهِمَا.

وَالْجَوَابُ أَنَّ قِيَاسَ الْأَسِيرِ عَلَى الذَّمِّ فَاسِدٌ لَوْجُودِ الذِّمَّةِ فِيهِ دُونَ الْأَسِيرِ وَهِيَ الْمَنَاطُ، وَكَذَا عَنِ الْمُسْتَأْمَنِ لَعَدَمِ اسْتِحْقَاقِ رَقَبَتِهِ، وَحَدِيثِ أَبِي عَزَّةَ مُتَقَدِّمٍ عَلَى الْآيَةِ، وَغَيْرُهُمَا غَيْرُ مَوْجُودٍ أَوْ غَيْرُ مَعْلُومٍ فَلَا يَصِحُّ التَّخْصِصُ لَشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ. وَالْمَوَاشِي جَمْعُ مَاشِيَةٍ وَهِيَ الْإِبِلُ وَالْبَقَرُ وَالْعَنَمُ وَالْمَأْكُلَةُ بِضَمِّ الْكَافِ وَفَتْحِهَا بِمَعْنَى، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ.

(وَإِذَا أَرَادَ الْإِمَامُ الْعَوْدَ وَمَعَهُ مَوَاشٍ فَلَمْ يَقْدِرْ عَلَى نَقْلِهَا إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ ذَبَحَهَا وَحَرَقَهَا وَلَا يَعْقِرُهَا وَلَا يَتْرُكُهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَتْرُكُهَا؛ لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «نَهَى عَنْ ذَبْحِ الشَّاةِ إِلَّا لِمَا كَلَمَتْ»^(١). وَلَنَا أَنَّ ذَبْحَ الْحَيَوَانِ يَجُوزُ لِفَرْضٍ صَحِيحٍ، وَلَا غَرَضَ أَصَحَّ مِنْ كَسْرِ شَوْكَةِ الْأَعْدَاءِ، ثُمَّ يُحْرَقُ بِالنَّارِ لِيَنْقَطَعَ مَنَفْعَتُهُ عَنِ الْكُفَّارِ وَصَارَ كَتَخْرِيبِ الْبُنْيَانِ بِخِلَافِ التَّحْرِيقِ قَبْلَ الذَّبْحِ لِأَنَّهُ مَنَهَى عَنْهُ، وَبِخِلَافِ الْعَقْرِ لِأَنَّهُ مُثَلَّةٌ، وَتَحْرِيقُ الْأَسْلِحَةِ أَيْضًا، وَمَا لَا يَحْتَرِقُ مِنْهَا يُدْفَنُ فِي مَوْضِعٍ لَا يَقِفُ عَلَيْهِ الْكُفَّارُ إِبْطَالًا لِلْمَنَفْعَةِ عَلَيْهِمْ.

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٦١٧/٣): غريب.

(وَلَا يُقَسَّمُ غَنِيمَةٌ فِي دَارِ الْحَرْبِ حَتَّى يُخْرِجَهَا إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ:
لَا بَأْسَ بِذَلِكَ. وَأَصْلُهُ أَنَّ الْمَلِكَ لِلْغَانِمِينَ لَا يَثْبُتُ قَبْلَ الْإِحْرَازِ بِدَارِ الْإِسْلَامِ عِنْدَنَا، وَعِنْدَهُ
يَثْبُتُ وَيَبْتَنِي عَلَى هَذَا الْأَصْلِ عِدَّةٌ مِنَ الْمَسَائِلِ ذَكَرْنَاهَا فِي الْكِفَايَةِ. لَهُ أَنَّ سَبَبَ الْمَلِكِ
الْإِسْتِيلَاءُ إِذَا وَرَدَ عَلَى مَالٍ مُبَاحٍ فِي الصِّيُودِ، وَلَا مَعْنَى لِلْإِسْتِيلَاءِ سِوَى إِثْبَاتِ الْيَدِ وَقَدْ
تَحَقَّقَ. وَلَنَا أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «نَهَى عَنِ بَيْعِ الْغَنِيمَةِ فِي دَارِ الْحَرْبِ»^(١)، وَالْخِلَافُ
ثَابِتٌ فِيهِ، وَالْقِسْمَةُ بَيْعٌ مَعْنَى فَتَدْخُلُ تَحْتَهُ، وَلِأَنَّ الْإِسْتِيلَاءَ إِثْبَاتُ الْيَدِ الْحَافِظَةِ
وَالنَّاقِلَةِ وَالثَّانِي مُنْعَدِمٌ لِقُدْرَتِهِمْ عَلَى الْإِسْتِنْقَادِ وَوُجُودِهِ ظَاهِرًا.

ثُمَّ قِيلَ: مَوْضِعُ الْخِلَافِ تَرْتُّبُ الْأَحْكَامِ عَلَى الْقِسْمَةِ إِذَا قَسَمَ الْإِمَامُ لَا عَنْ اجْتِهَادٍ،
لِأَنَّ حُكْمَ الْمَلِكِ لَا يَثْبُتُ بِدُونِهِ. وَقِيلَ الْكَرَاهَةُ، وَهِيَ كَرَاهَةُ تَنْزِيهِهِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ فَإِنَّهُ قَالَ
عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ لَا تَجُوزُ الْقِسْمَةُ فِي دَارِ الْحَرْبِ. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ الْأَفْضَلُ
أَنْ يُقَسَّمَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ. وَوَجْهُ الْكَرَاهَةِ أَنَّ دَلِيلَ الْبُطْلَانِ رَاجِعٌ، إِلَّا أَنَّهُ تَقَاعَدَ عَنْ سَلْبِ
الْجَوَازِ فَلَا يَتَقَاعَدُ عَنْ إِبْرَاطِ الْكَرَاهَةِ.

(وَالرَّدُّ وَالْمُقَاتِلُ فِي الْعَسْكَرِ سَوَاءٌ) لِاسْتِوَائِهِمْ فِي السَّبَبِ وَهُوَ الْمَجَاوِزَةُ أَوْ شُهُودُ
الْوَقْعَةِ عَلَى مَا عُرِفَ، وَكَذَلِكَ إِذَا لَمْ يُقَاتِلْ لِمَرْضٍ أَوْ غَيْرِهِ لَمَّا ذَكَرْنَا (وَإِذَا لَحِقَهُمُ الْمَدَدُ
فِي دَارِ الْحَرْبِ قَبْلَ أَنْ يُخْرِجُوا الْغَنِيمَةَ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ شَارَكُوهُمْ فِيهَا) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ
بَعْدَ انْقِضَاءِ الْقِتَالِ وَهُوَ بِنَاءٌ عَلَى مَا مَهْدَنَاهُ مِنَ الْأَصْلِ، وَإِنَّمَا يَنْقَطِعُ حَقُّ الْمَشَارَكَةِ
عِنْدَنَا بِالْإِحْرَازِ أَوْ بِقِسْمَةِ الْإِمَامِ فِي دَارِ الْحَرْبِ أَوْ بِبَيْعِهِ الْمَغَانِمِ فِيهَا، لِأَنَّ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا
يَتِمُّ الْمَلِكُ فَيَنْقَطِعُ حَقُّ شَرِكَةِ الْمَدَدِ. قَالَ (وَلَا حَقٌّ لِأَهْلِ سُوقِ الْعَسْكَرِ فِي الْغَنِيمَةِ إِلَّا أَنْ
يُقَاتِلُوا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ: يُسَهِّمُ لَهُمْ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الْغَنِيمَةُ
مَنْ شَهِدَ الْوَقْعَةَ»^(٢) وَلِأَنَّهُ وَجَدَ الْجِهَادَ مَعْنَى بَتَكْثِيرِ السَّوَادِ. وَلَنَا أَنَّهُ لَمْ تَوْجَدْ الْمَجَاوِزَةَ
عَلَى قَصْدِ الْقِتَالِ فَانْعَدَمَ السَّبَبُ الظَّاهِرُ فَيُعْتَبَرُ السَّبَبُ الْحَقِيقِيُّ وَهُوَ الْقِتَالُ فَيُفِيدُ
الْإِسْتِحْقَاقَ عَلَى حَسَبِ حَالِهِ فَارِسًا أَوْ رَاجِلًا عِنْدَ الْقِتَالِ، وَمَا رَوَاهُ مُوقُوفٌ عَلَى عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ
أَنْ تَأْوِيلُهُ أَنْ يُشْهَدَهَا عَلَى قَصْدِ الْقِتَالِ.

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٦١٩): غريب جدا.

(٢) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٦٢٠): غريب مرفوعا وهو موقوف على عمر كما قال المصنف.

الشرح:

قَالَ (وَالرَّدُّ وَالْمُقَاتِلُ فِي الْعَسْكَرِ سَوَاءٌ) الرَّدُّ هُوَ الْعَوْنُ، وَالْمُقَاتِلُ هُوَ الْمُبَاشِرُ فِي الْعَسْكَرِ فِي اسْتِحْقَاقِ الْغَنِيمَةِ سَوَاءٌ (لَا اسْتِوَاءَ لَهُمْ فِي السَّبَبِ) وَهُوَ مُجَاوِزَةُ الدَّرَجِ بِنِيَّةِ الْقِتَالِ عِنْدَنَا (أَوْ شُهُودِ الْوَقْعَةِ) عِنْدَ الشَّافِعِيِّ رحمته الله (عَلَى مَا عُرِفَ. وَكَذَلِكَ إِذَا لَمْ يُقَاتِلْ لِمَرْضٍ أَوْ غَيْرِهِ لَمَّا ذَكَرْنَا) مِنَ الْاسْتِوَاءِ فِي السَّبَبِ. قَوْلُهُ (وَإِذَا لَحِقَهُمُ الْمَدَدُ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (بَنَاءً عَلَى مَا مَهَّدْنَاهُ مِنَ الْأَصْلِ) يُرِيدُ مَا مَرَّ أَنْ سَبَبَ الْمَلِكِ عِنْدَهُ هُوَ الْأَخْذُ وَالْمَلِكُ يَثْبُتُ بِهِ، وَعِنْدَنَا أَنَّ السَّبَبَ هُوَ الْإِحْرَازُ. فَإِذَا شَارَكَ الْمَدَدُ الْجَيْشَ فِي الْإِحْرَازِ الَّذِي يَتِمُّ بِهِ السَّبَبُ شَارَكُوهُ فِي تَأْكِدِ الْحَقِّ بِهِ كَمَا لَوْ التَّحَقُّوا بِهِمْ فِي حَالَةِ الْقِتَالِ (وَإِنَّمَا تَنْقَطِعُ الْمُشَارَكَةُ بِالْإِحْرَازِ أَوْ بِقِسْمَةِ الْإِمَامِ فِي دَارِ الْحَرْبِ أَوْ بَيْعِهِ الْمَغَانِمَ فِيهَا لِأَنَّ بَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا يَتِمُّ الْمَلِكُ فَتَنْقَطِعُ شَرَكَةُ الْمَدَدِ) (وَلَا حَقٌّ لِأَهْلِ سَوْقِ الْعَسْكَرِ فِي الْغَنِيمَةِ) بِإِطْلَاقِهِ يُفِيدُ نَفْيَ السَّهْمِ الْكَامِلِ وَالرَّضْخِ. وَكَذَا ذَكَرَ فِي الْمَسْطُوطِ. وَعُلِّلَ بِأَنَّ قَصْدَهُمُ التَّجَارَةَ لَا إِعْزَازَ دِينَ اللَّهِ وَإِرْهَابَ الْعَدُوِّ (إِلَّا أَنْ يُقَاتِلُوا) فَلَهُمُ السَّهْمُ.

(وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُسَهَّمُ لَهُمْ فِي قَوْلٍ لِقَوْلِهِ رحمته الله: «الْغَنِيمَةُ لِمَنْ شَهِدَ الْوَقْعَةَ» وَلَأَنَّهُ وَجَدَ الْجِهَادَ مَعْنَى بِنُكْثِيرِ السَّوَادِ) وَقَوْلُهُ (وَلَنَا أَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ الْمُجَاوِزَةُ) وَاضِحٌ (وَمَا رَوَاهُ) مِنْ قَوْلِهِ: «الْغَنِيمَةُ لِمَنْ شَهِدَ الْوَقْعَةَ» (مَوْقُوفٌ عَلَى عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ) وَمِثْلُهُ لَيْسَ بِحُجَّةٍ عِنْدَهُ لِأَنَّهُ لَا يَرَى تَقْلِيدَ الصَّحَابِيِّ أَوْ تَأْوِيلَهُ أَنْ يَشْهَدَهَا عَلَى قَصْدِ الْقِتَالِ) أَلَا تَرَى أَنَّ الْكُفَّارَ يَشْهَدُونَهَا وَلَيْسَ لَهُمْ شَيْءٌ.

(وَأِنْ لَمْ تَكُنْ لِلْإِمَامِ حَمُولَةٌ تُحْمَلُ عَلَيْهَا الْغَنَائِمُ فَسَمَّاهَا بَيْنَ الْغَانِمِينَ قِسْمَةً إِيْدَاعٍ لِيَحْمُوَهَا إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ ثُمَّ يَرْتَجِعُهَا مِنْهُمْ فَيُقَسِّمُهَا) قَالَ الْعَبْدُ الضَّعِيفُ: هَكَذَا ذَكَرَ فِي الْمُخْتَصَرِ، وَلَمْ يَشْتَرِطْ رِضَاهُمْ وَهُوَ رِوَايَةُ السَّيَرِ الْكَبِيرِ. وَالْجُمْلَةُ فِي هَذَا أَنَّ الْإِمَامَ إِذَا وَجَدَ فِي الْمَغْنَمِ حَمُولَةً يَحْمِلُ الْغَنَائِمَ عَلَيْهَا لِأَنَّ الْحَمُولَةَ وَالْمَحْمُولَ مَالُهُمْ. وَكَذَا إِذَا كَانَ فِي بَيْتِ الْمَالِ فَضْلُ حَمُولَةٍ لِأَنَّهُ مَالُ الْمُسْلِمِينَ، وَلَوْ كَانَ لِلْغَانِمِينَ أَوْ لِبَعْضِهِمْ لَا يُجْبِرُهُمْ فِي رِوَايَةِ السَّيَرِ الصَّغِيرِ لِأَنَّهُ ابْتِدَاءٌ إِجَارَةٌ وَصَارَ كَمَا إِذَا تَقَفَّتْ دَابَّتُهُ فِي مَفَازَةٍ وَمَعَ رَفِيقِهِ فَضْلُ حَمُولَةٍ، وَيُجْبِرُهُمْ فِي رِوَايَةِ السَّيَرِ الْكَبِيرِ لِأَنَّهُ دَفْعُ الضَّرَرِ الْعَامِ

بِتَحْمِيلِ ضَرَرٍ خَاصٍّ (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْغَنَائِمِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ فِي دَارِ الْحَرْبِ) لِأَنَّهُ لَا مَلِكَ قَبْلَهَا، وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ، وَقَدْ بَيَّنَّا الْأَصْلَ (وَمَنْ مَاتَ مِنَ الْغَانِمِينَ فِي دَارِ الْحَرْبِ فَلَا حَقَّ لَهُ فِي الْغَنِيمَةِ، وَمَنْ مَاتَ مِنْهُمْ بَعْدَ إِخْرَاجِهَا إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ فَتَنْصِيبُهُ لَوَرَثَتِهِ) لِأَنَّ الْإِثْرَ يَجْرِي فِي الْمَلِكِ، وَلَا مَلِكَ قَبْلَ الْإِحْرَازِ، وَإِنَّمَا الْمَلِكُ بَعْدَهُ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: مَنْ مَاتَ مِنْهُمْ بَعْدَ اسْتِقْرَارِ الْهَزِيمَةِ يُورَثُ نَصِيبُهُ لِقِيَامِ الْمَلِكِ فِيهِ عِنْدَهُ وَقَدْ بَيَّنَّا..

الشرح:

(وَأِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْإِمَامِ حُمُولَةٌ) يَفْتَحُ الْحَائِ مَا يَحْمِلُ عَلَيْهِ مِنْ بَعِيرٍ أَوْ فَرَسٍ أَوْ بَعْلٍ أَوْ حِمَارٍ (قَسَمَهَا بَيْنَ الْغَانِمِينَ قِسْمَةً إِذَا ع) وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ ابْتِدَاءُ إِجَارَةٍ) أَيُّ مِنْ كُلِّ وَجْهِ، وَهَذَا اخْتِرَازٌ عَنْ إِجَارَةٍ مُسْتَأْنَفَةٍ فِي حَالَةِ الْبَقَاءِ، فَإِنَّهُ يُجْبَرُ عَلَى الْإِجَارَةِ بِالِاتِّفَاقِ كَمَا فِي مَسْأَلَةِ السَّفِينَةِ، فَإِنْ مَنْ اسْتَأْجَرَ سَفِينَةً شَهْرًا فَمَضَتْ الْمُدَّةُ فِي وَسْطِ الْبَحْرِ فَإِنَّهُ يَنْعَقِدُ عَلَيْهَا إِجَارَةٌ أُخْرَى بِأَجْرِ الْمِثْلِ بِغَيْرِ رِضَا الْمَالِكِ. وَقَوْلُهُ (وَصَارَ كَمَا إِذَا تَفَقَّتْ ذَابْتُهُ) يَعْنِي فِي كَوْنِهِ ابْتِدَاءً إِجَارَةٍ مِنْ كُلِّ وَجْهِ. وَقَوْلُهُ (وَيُجْبَرُ هُمْ فِي رِوَايَةِ السَّيْرِ الْكَبِيرِ) ظَاهِرٌ، وَيَكُونُ الْأَجْرُ مِنَ الْغَنَائِمِ يُبْتَدَأُ بِهِ قَبْلَ الْخُمْسِ، لِأَنَّ فِي هَذَا الاسْتِجَارِ مَنَفَعَةً لِلْغَانِمِينَ فَهُوَ كَالِاسْتِجَارِ لِسَوْقِ الْغَنَمِ وَالرَّمَكِ، وَحَقُّ أَصْحَابِ الْحُمُولَةِ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الاسْتِجَارِ لِأَنَّ شَرَكَةَ الْمَلِكِ هِيَ الَّتِي لَا تَمْنَعُ صِحَّةَ الاسْتِجَارِ لَا شَرَكَةَ الْحَقِّ كَمَا فِي مَالِ يَتِّ الْمَالِ. وَقَوْلُهُ (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْغَنَائِمِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ) وَاضِحٌ مِمَّا تَقَدَّمَ.

قَوْلُهُ (وَلَا مَلِكَ قَبْلَ الْإِحْرَازِ) فِيهَا نَظَرٌ؛ لِأَنَّهُ يُنَاقِضُ قَوْلَهُ فِيمَا تَقَدَّمَ لِأَنَّ بِكُلِّ مِنْهَا يَتِمُّ الْمَلِكُ. وَالْجَوَابُ أَنَّهُ تَرَكَ ذِكْرَ الْقِسْمَةِ فِي دَارِ الْحَرْبِ وَيَبْعُ الْغَنَائِمَ فِيهَا هَاهُنَا اعْتِمَادًا عَلَى ذِكْرِهِ هُنَاكَ أَوْ لِأَنَّ ذَلِكَ لِعَارِضِ الْحَاجَةِ وَالِاعْتِبَارِ لِلْأُمُورِ الْأَصْلِيَّةِ. وَقَوْلُهُ (وَقَدْ بَيَّنَّا) أَيُّ فِي مَسْأَلَةِ قِسْمَةِ الْغَنِيمَةِ فِي دَارِ الْحَرْبِ.

قَالَ (وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَعْلَفَ الْعَسْكَرُ فِي دَارِ الْحَرْبِ وَيَأْكُلُوا مَا وَجَدُوهُ مِنَ الطَّعَامِ) قَالَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أَرْسَلَ وَلَمْ يُقَيِّدْهُ بِالْحَاجَةِ، وَقَدْ شَرَطَهَا فِي رِوَايَةٍ وَلَمْ يَشَرْطَهَا فِي أُخْرَى. وَجْهُ الْأَوَّلَى أَنَّهُ مُشْتَرَكٌ بَيْنَ الْغَانِمِينَ فَلَا يَبَاحُ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ إِلَّا لِحَاجَتِهِ كَمَا فِي الثِّيَابِ وَالِدَوَابِّ. وَجْهُ الْأُخْرَى قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي طَعَامٍ خَيْرٌ: «كُلُّوْهَا وَعَلِفُوْهَا وَلَا

تَحْمِلُوهَا»^(١) وَلَأنَّ الْحُكْمَ يُدَارُ عَلَى دَلِيلِ الْحَاجَةِ وَهُوَ كَوْنُهُ فِي دَارِ الْحَرْبِ، لِأَنَّ الْغَازِي لَا يَسْتَصْحِبُ قُوتَ نَفْسِهِ وَعَلَفَ ظَهْرِهِ مُدَّةَ مُقَامِهِ فِيهَا وَالْمِيرَةُ مُنْقَطِعَةٌ، فَبَقِيَ عَلَى أَصْلِ الْإِبَاحَةِ لِلْحَاجَةِ بِخِلَافِ السَّلَاحِ لِأَنَّهُ يَسْتَصْحِبُهُ فَانْعَدَمَ دَلِيلُ الْحَاجَةِ، وَقَدْ تَمَسُّ إِلَيْهِ الْحَاجَةُ فَتُعْتَبَرُ حَقِيقَتُهَا فَيَسْتَعْمِلُهُ ثُمَّ يَرُدُّهُ فِي الْمَغْنَمِ إِذَا اسْتَعْنَى عَنْهُ، وَالِدَابَّةُ مِثْلُ السَّلَاحِ، وَالطَّعَامُ كَالْخُبْزِ وَاللَّحْمِ وَمَا يُسْتَعْمَلُ فِيهِ كَالسَّمَنِ وَالزَّيْتِ.

قَالَ (وَيَسْتَعْمِلُوا الْحَطَبَ) وَفِي بَعْضِ النُّسخِ: الطَّيِّبُ، (وَيُدْهِنُوا بِالذَّهْنِ وَيُوقِحُوا بِهِ الدَّابَّةُ) لِمَسَاسِ الْحَاجَةِ إِلَى جَمِيعِ ذَلِكَ (وَيُقَاتِلُوا بِمَا يَجِدُونَهُ مِنَ السَّلَاحِ، كُلُّ ذَلِكَ بِلَا قِسْمَةٍ) وَتَأْوِيلُهُ إِذَا احتَاجَ إِلَيْهِ بَأَن لَمْ يَكُنْ لَهُ سِلَاحٌ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعُوا مِنْ ذَلِكَ شَيْئًا وَلَا يَتَمَوَّلُونَهُ) لِأَنَّ الْبَيْعَ يَتَرْتَّبُ عَلَى الْمَلِكِ وَلَا مَلِكَ عَلَى مَا قَدَّمَاهُ، وَإِنَّمَا هُوَ إِبَاحَةٌ وَصَارَ كَالْمُبَاحِ لَهُ الطَّعَامُ، وَقَوْلُهُ وَلَا يَتَمَوَّلُونَهُ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّهُمْ لَا يَبِيعُونَهُ بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَالْعُرُوضِ لِأَنَّهُ لَا ضَرُورَةَ إِلَى ذَلِكَ، فَإِنْ بَاعَهُ أَحَدُهُمْ رَدَّ الثَّمَنَ إِلَى الْغَنِيمَةِ؛ لِأَنَّهُ بَدَلَ عَيْنٍ كَانَتْ لِلْجَمَاعَةِ. وَأَمَّا الثِّيَابُ وَالْمَتَاعُ فَيُكْرَهُ الْإِنْتِفَاعُ بِهَا قَبْلَ الْقِسْمَةِ مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ لِلْإِشْتِرَاكِ، إِلَّا أَنَّهُ يُقَسَّمُ الْإِمَامُ بَيْنَهُمْ فِي دَارِ الْحَرْبِ إِذَا احتَاجُوا إِلَى الثِّيَابِ وَالذُّوَابِ وَالْمَتَاعِ؛ لِأَنَّ الْمَحْرَمَ يُسْتَبَاحُ لِلضَّرُورَةِ فَالْمَكْرُوهُ أَوَّلَى، وَهَذَا لِأَنَّ حَقَّ الْمَدَدِ مُحْتَمَلٌ، وَحَاجَةُ هَؤُلَاءِ مُتَيَقِّنٌ بِهَا فَكَانَ أَوَّلَى بِالرَّعَايَةِ، وَلَمْ يَذْكُرِ الْقِسْمَةَ فِي السَّلَاحِ، وَلَا فَرَقَ فِي الْحَقِيقَةِ لِأَنَّهُ إِذَا احتَاجَ وَاحِدٌ يُبَاحُ لَهُ الْإِنْتِفَاعُ فِي الْفَصْلَيْنِ، وَإِنْ احتَاجَ الْكُلُّ يُقَسَّمُ فِي الْفَصْلَيْنِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا احتَاجُوا إِلَى السَّبَبِيِّ حَيْثُ لَا يُقَسَّمُ لِأَنَّ الْحَاجَةَ إِلَيْهِ مِنْ فُضُولِ الْحَوَائِجِ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَلَا بَأْسَ بِأَن يَغْلَفَ الْعَسْكَرُ) أَيُّ دَوَابَّهُمْ الْعَلَفَ (فِي دَارِ الْحَرْبِ) وَقَوْلُهُ لَمْ يُقَيِّدْهُ بِالْحَاجَةِ يَعْنِي الْقُدُورِيَّ فِي مُخْتَصَرِهِ (وَقَدْ شَرَطَهَا) يَعْنِي مُحَمَّدًا (فِي رِوَايَةٍ) هِيَ رِوَايَةُ السَّيِّرِ الصَّغِيرِ (وَلَمْ يَشْتَرِطَهَا فِي أُخْرَى) وَهِيَ رِوَايَةُ السَّيِّرِ الْكَبِيرِ، وَوَجْهُ كُلِّ مِنْهُمَا مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ.

وقَوْلُهُ (وَعَلَفَ ظَهْرَهُ) أَيُّ دَابَّتَهُ وَاسْتَعَارَ لَفْظَ الظَّهْرِ لَهَا وَالْمِيرَةُ الطَّعَامُ (فَيُعْتَبَرُ حَقِيقَتُهَا) أَيُّ حَقِيقَةُ الْحَاجَةِ فِي السَّلَاحِ. وَقَوْلُهُ (وَالِدَابَّةُ مِثْلُ السَّلَاحِ) يَعْنِي فِي اعْتِبَارِ

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (١٠٤/٩)، والمعرفة (٥٣٥٨)، وانظر نصب الراية (٦٢١/٣).

حَقِيقَةُ الْحَاجَةِ لَكِنْ إِذَا أُعْتَبِرَ حَاجَةُ الرُّكُوبِ، أَمَّا إِذَا أُعْتَبِرَ فِيهَا الْأَكْلُ فَهِيَ كَالطَّعَامِ (وَيَسْتَعْمِلُوا الْخَطْبَ، وَفِي بَعْضِ النُّسخِ الطَّيْبُ) قِيلَ وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ لِأَنَّ الْقُدُورِيَّ نَفْسَهُ قَالَ فِي شَرْحِ مُخْتَصَرِ الْكَرْخِيِّ بَعْدَ جَوَازِ الْإِتِّفَاعِ بِالطَّيْبِ، أَمَّا الْخَطْبُ فَلْتَعَذَّرِ الثَّقَلُ مِنْ دَارِ الْإِسْلَامِ جَازَ اسْتِعْمَالُهُ كَمَا فِي الْعَلْفِ. وَأَمَّا الْإِدْهَانُ بِالذَّهْنِ فَلِلمُرَادِّ بِهِ الذَّهْنُ الْمَأْكُولُ كَالزَّيْتِ، لِأَنَّهُ لَمَّا كَانَ مَأْكُولًا كَانَ صَرْفُهُ إِلَى بَدَنِهِ كَصَرْفِهِ إِلَى أَكْلِهِ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ مَأْكُولًا لَا يَنْتَفِعُ بِهِ بَلْ يَرُدُّهُ إِلَى الْغَنِيمَةِ.

قَوْلُهُ (وَيُوقِحُوا بِهِ الدَّابَّةَ) التَّوْقِيحُ تَضْلِيلُ حَافِرِهَا بِالشَّخْمِ الْمَذَابِ إِذَا خَفِيَ مِنْ كَثَرَةِ الْمَشْيِ، وَقِيلَ عَنْ الْمُصَنِّفِ بِالرَّاءِ مِنَ التَّرْقِيحِ وَهُوَ الْإِصْلَاحُ، قَالَ: هَكَذَا قَرَأْنَا عَلَى الْمَشَايخِ. قَالَ صَاحِبُ الْمُغْرِبِ: وَالرَّاءُ خَطَأٌ لِأَنَّ الْأَوَّلَ هَاهُنَا أَوْلَى وَأَلْيَقُ. قُلْتُ: هَذَا التَّغْلِيلُ إِنْ كَانَ مَنْقُولًا عَنْهُ فَهُوَ مُنَاقِضٌ لِأَنَّ تَرْكَ الْأَوَّلِ لَا يُسَمَّى خَطَأً. وَقَوْلُهُ (وَتَأْوِيلُهُ إلخ) إِنَّمَا احتَاجَ الْمُصَنِّفُ إِلَى هَذَا التَّأْوِيلِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا احتَاجَ الْعَازِي إِلَى اسْتِعْمَالِ سِلَاحِ الْغَنِيمَةِ بِسَبَبِ صِيَانَةِ سِلَاحِهِ لَا يَجُوزُ. وَقَوْلُهُ (وَقَدْ بَيَّنَّاهُ) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ بِخِلَافِ السِّلَاحِ لِأَنَّهُ يَسْتَصْحَبُهُ إلخ. وَقَوْلُهُ (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعُوا) أَيُّ لَا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعُوا بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ (وَلَا يَتَمَوَّلُونَهُ) أَيُّ يَبِيعُونَهُ بِالْعُرُوضِ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا قَدَّمْنَاهُ) يَعْنِي أَنَّهُ لَا مِلْكَ قَبْلَ الْإِحْرَازِ، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (يُبَاحُ لَهُ الْإِتِّفَاعُ فِي الْفَصْلَيْنِ) أَيُّ فِي فَصْلِ السِّلَاحِ وَفَصْلِ الثِّيَابِ وَالذَّوَابِّ.

قَالَ (وَمَنْ أَسْلَمَ مِنْهُمْ) مَعْنَاهُ فِي دَارِ الْحَرْبِ (أَحْرَزَ بِإِسْلَامِهِ نَفْسَهُ) لِأَنَّ الْإِسْلَامَ يَنَافِي ابْتِدَاءَ الْأَسْتِرْقَاقِ (وَأَوْلَادَهُ الصِّغَارَ) لِأَنَّهُمْ مُسْلِمُونَ بِإِسْلَامِهِ تَبْعًا (وَكُلُّ مَا لِهْ هُوَ فِي يَدِهِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ أَسْلَمَ عَلَى مَا لِهْ هُوَ لَهُ» ^(١) وَلِأَنَّهُ سَبَقَتْ يَدُهُ الْحَقِيقِيَّةُ إِلَيْهِ يَدُ الظَّاهِرِينَ عَلَيْهِ (أَوْ وَدِيعَتُهُ فِي يَدِ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ) لِأَنَّهُ فِي يَدِ صَحِيحَتِهِ مُحْتَرَمَةٌ وَيَدُهُ كَيْدِهِ (فَإِنْ ظَهَرْنَا عَلَى دَارِ الْحِرَابِ فَعَقَارُهُ فِيَّ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: هُوَ لَهُ لِأَنَّهُ فِي يَدِهِ فَصَارَ كَالْمَنْقُولِ. وَلَنَا أَنَّ الْعَقَارَ فِي يَدِ أَهْلِ الدَّارِ وَسُلْطَانُهَا إِذَا هُوَ مِنْ جُمْلَةِ دَارِ الْحَرْبِ فَلَمْ يَكُنْ فِي يَدِهِ حَقِيقَةً، وَقِيلَ هَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ الْآخَرِ. وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ الْأَوَّلِ هُوَ كَغَيْرِهِ مِنَ الْأَمْوَالِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْيَدَ حَقِيقَةً

(١) أَخْرَجَهُ أَبُو يَعْلَى (٥٨٤٧)، وَابْنُ عَدِي فِي الْكَامِلِ (١٨٤/٧)، وَانْظُرْ نَصْبَ الرَّايَةِ (٦٢٤/٣).

لَا تَثْبُتُ عَلَى الْعَقَارِ عِنْدَهُمَا، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ تَثْبُتُ (وَزَوْجَتُهُ فِيءٌ) لِأَنَّهَا كَافِرَةٌ حَرْبِيَّةٌ لَا تَتَّبِعُهُ فِي الْإِسْلَامِ (وَكَذَا حَمْلُهَا فِيءٌ) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ. هُوَ يَقُولُ إِنَّهُ مُسْلِمٌ تَبَعًا كَالْمَنْفَصِلِ. وَلَنَا أَنَّهُ جُزْأُهَا فِيرِقُ بِرِقِّهَا وَالْمُسْلِمُ مَحَلٌّ لِلتَّمْلُكِ تَبَعًا لِغَيْرِهِ بِخِلَافِ الْمَنْفَصِلِ لِأَنَّهُ حُرٌّ لَا نَعْدَامَ الْجُزْئِيَّةِ عِنْدَ ذَلِكَ (وَأَوْلَادُهُ الْكِبَارُ فِيءٌ) لِأَنَّهُمْ كُفَّارٌ حَرْبِيُّونَ وَلَا تَبَعِيَّةَ.

(وَمَنْ قَاتَلَ مِنْ عِبِيدِهِ فِيءٌ) لِأَنَّهُ لَمَّا تَمَرَّدَ عَلَى مَوْلَاهُ خَرَجَ مِنْ يَدِهِ فَصَارَ تَبَعًا لِأَهْلِ دَارِهِمْ (وَمَا كَانَ مِنْ مَالِهِ فِي يَدِ حَرْبِيٍّ فَهُوَ فِيءٌ) غَصَبًا كَانَ أَوْ وَدِيعَةً، لِأَنَّ يَدَهُ لَيْسَتْ بِمُحْتَرَمَةٍ (وَمَا كَانَ غَصَبًا فِي يَدِ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ فَهُوَ فِيءٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَكُونُ فَيْئًا) قَالَ الْعَبْدُ الضَّعِيفُ رَحِمَهُ اللَّهُ: كَذَا ذُكِرَ الْاِخْتِلَافُ فِي السَّيْرِ الْكَبِيرِ. وَذَكَرُوا فِي شُرُوحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ قَوْلَ أَبِي يُونُسَ مَعَ مُحَمَّدٍ. لَهُمَا أَنَّ الْمَالَ تَابِعٌ لِلنَّفْسِ، وَقَدْ صَارَتْ مَعْصُومَةً بِإِسْلَامِهِ فَيَتَّبِعُهَا مَالُهُ فِيهَا. وَلَوْ أَنَّهُ مَالٌ مُبَاحٌ فَيَمْلِكُ بِالِاسْتِيلَاءِ وَالنَّفْسُ لَمْ تَصِرْ مَعْصُومَةً بِالْإِسْلَامِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهَا لَيْسَتْ بِمُتَقَوِّمَةٍ إِلَّا أَنَّهُ مُحَرَّمٌ التَّعَرُّضُ فِي الْأَصْلِ لَكُونِهِ مُكَلَّفًا وَإِبَاحَةُ التَّعَرُّضِ بِعَارِضِ شَرِّهِ وَقَدْ ائْتَدَعَ بِالْإِسْلَامِ، بِخِلَافِ الْمَالِ؛ لِأَنَّهُ خُلِقَ عُرْضَةً لِلَامْتِهَانِ فَكَانَ مَحَلًّا لِلتَّمْلُكِ وَلَيْسَتْ فِي يَدِهِ حُكْمًا فَلَمْ تَثْبُتِ الْعِصْمَةُ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ أَسْلَمَ مِنْهُمْ) إِنَّمَا احْتِجَاجُ الْمُصَنِّفِ إِلَى قَوْلِهِ مَعْنَاهُ فِي دَارِ الْحَرْبِ لِيَقَعَ الْاِحْتِرَازُ بِهِ عَنْ مُسْتَأْمَنِ دَخَلِ دَارَنَا بِأَمَانٍ فَأَسْلَمَ فِيهَا ثُمَّ ظَهَرَ الْمُسْلِمُونَ عَلَى دَارِ الْحَرْبِ فَإِنَّ أَوْلَادَهُ وَأَمْوَالَهُ كُلَّهَا فِيءٌ، وَالْفِيءُ مَا نِيلَ مِنَ الْكُفَّارِ بَعْدَمَا تَضَعُ الْحَرْبُ أَوْزَارَهَا وَتَصِيرُ الدَّارُ دَارَ الْإِسْلَامِ. قَوْلُهُ (لَأَنَّ الْإِسْلَامَ يُنَافِي ابْتِدَاءَ الْاِسْتِرْقَاقِ) لِأَنَّهُ يَقَعُ جَزَاءٌ لَاسْتِنْكَافِهِ عَنْ عِبَادَةِ رَبِّهِ عَزَّ وَجَلَّ، فَإِنَّهُ لَمَّا اسْتَنكَفَ عَنْ عُبُودِيَّةِ رَبِّهِ جَازَاهُ اللَّهُ تَعَالَى بِأَنْ صَيَّرَهُ عَبْدَ عِبِيدِهِ، وَلَمَّا كَانَ مُسْلِمًا وَقَتَ الْاِسْتِيلَاءِ لَمْ يُوْجَدْ شَرْطُ الْاِسْتِرْقَاقِ وَهُوَ الْاِسْتِنْكَافُ فَلَا يُوْجَدْ الْمَشْرُوطُ، وَاحْتَرِزَ بِذَلِكَ عَنْ الْاِسْتِرْقَاقِ حَالَةَ الْبَقَاءِ، فَإِنَّ الْإِسْلَامَ لَا يُنَافِيهِ كَمَا تَقَدَّمَ. قَوْلُهُ (وَأَوْلَادُهُ الصِّغَارُ وَكُلُّ مَالٍ) مَنْصُوبَانِ بِالْعَطْفِ عَلَى مَفْعُولِ أُحْرَزَ. وَقَوْلُهُ (فِي يَدِ صَحِيحَةٍ) احْتِرَازٌ عَنْ يَدِ الْعَاصِبِ. وَقَوْلُهُ (مُحْتَرَمَةٍ) احْتِرَازٌ عَنْ يَدِ الْحَرْبِيِّ.

قَوْلُهُ (وَقِيلَ هَذَا) أَيُّ كَوْنٍ عَقَارِهِ (فَيْنَا) قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ الْآخِرِ قَالَ شَمْسُ الْأُيُمَةِ السَّرْحَسِيُّ فِي الْمَسُوطِ وَالْجَامِعِ الصَّغِيرِ، فَمَا كَانَ فِي يَدِهِ مِنَ الْمَالِ فَهُوَ لَهُ إِلَّا الْعَقَارُ فَإِنَّهُ فِيءٌ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: أَسْتَحْسِنُ فِي الْعَقَارِ أَنْ أَجْعَلَهُ لَهُ؛ لِأَنَّهُ مِلْكٌ مُحْتَرَمٌ لَهُ كَالْمَنْقُولِ، وَهَذَا كَمَا تَرَى مُخَالَفٌ لِمَا فِي الْكِتَابِ بِاعْتِبَارِ قَوْلِ مُحَمَّدٍ، إِلَّا إِنْ كَانَ عَنْهُ أَيْضًا رَوَاتَانِ فَقَدْ هَانَ الْخَطْبُ إِذْ ذَاكَ.

قَوْلُهُ (عِنْدَهُمَا) أَيُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ لِأَنَّ الْيَدَ عَلَى الْبِقَاعِ إِنَّمَا تُثْبِتُ حُكْمًا وَدَارُ الْحَرْبِ لَيْسَتْ بِدَارِ الْأَحْكَامِ فَلَا مُعْتَبَرٌ بِيَدِهِ فِيهَا قَبْلَ ظُهُورِ الْمُسْلِمِينَ عَلَيْهَا وَبَعْدَ الظُّهُورِ يَدُ الْعَانِمِينَ فِيهَا أَقْوَى مِنْ يَدِهِ لِعَلْبَتِهِمْ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ تُثْبِتُ (وَزَوْجَتُهُ فِيءٌ) لِأَنَّهَا كَافِرَةٌ لَا تَتَّبَعُهُ فِي الْإِسْلَامِ لِأَنَّ الْمُسْلِمَ يَتَزَوَّجُ الْكِتَابِيَّةَ وَتَبْقَى كِتَابِيَّةٌ وَلَا تَصِيرُ مُسْلِمَةً تَبَعًا لَزَوْجِهَا إِذْ هُوَ مِنْ بَابِ الْإِعْتِقَادِ (وَكَذَا حَمْلُهَا فِيءٌ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ) فِي الْحَمْلِ (هُوَ يَقُولُ إِنَّهُ) أَيُّ الْحَمْلِ (مُسْلِمٌ) بِتَبَعِيَّةِ أَبِيهِ وَالْمُسْلِمُ لَا يُسْتَرْقُ كَالْوَلَدِ الْمُتَفَصِّلِ (وَلَنَا أَنَّهُ جُرْؤُهَا) وَهِيَ قَدْ صَارَتْ فَيْنَا بِجَمِيعِ أَجْزَائِهَا؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُسْتَنْتَى الْجَنِينُ فِي إِعْتِقَاقِ الْأُمِّ كَمَا لَا يُسْتَنْتَى سَائِرُ أَجْزَائِهَا؛ فَكَمَا أَنَّ الْحَمْلَ لَا يَصِيرُ عَبْدًا عِنْدَ إِعْتِقَاقِ الْأُمِّ مُسْتَنْتَى بِحَالٍ، فَكَذَا فِي الْإِسْتِرْقَاقِ لَا يَصِيرُ الْجَنِينُ مُسْتَنْتَى بَعْدَمَا ثَبَتَ الرُّقُّ فِي الْأُمِّ.

وَقَوْلُهُ (وَالْمُسْلِمُ مَحَلٌّ لِلتَّمْلِكِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ إِنَّهُ مُسْلِمٌ تَبَعًا. وَتَقْرِيرُهُ سَلَمْنَا أَنَّهُ مُسْلِمٌ تَبَعًا لَكِنْ الْمُسْلِمُ مَحَلٌّ لِلتَّمْلِكِ تَبَعًا لِغَيْرِهِ، كَمَا إِذَا تَزَوَّجَ الْمُسْلِمُ أَمَةً الْغَيْرِ يَكُونُ الْوَلَدُ رَقِيقًا بِتَبَعِيَّةِ الْأُمِّ وَإِنْ كَانَ مُسْلِمًا بِإِسْلَامِ أَبِيهِ. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الْمُتَفَصِّلِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ كَالْمُتَفَصِّلِ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ (وَأَوْلَادُهُ الْكِبَارُ فِيءٌ، وَمَنْ قَاتَلَ مِنْ عِبِيدِهِ فِيءٌ لِأَنَّهُ لَمَّا تَمَرَّدَ عَلَى مَوْلَاهُ خَرَجَ مِنْ يَدِهِ وَصَارَ تَبَعًا لِأَهْلِ الدَّارِ) وَأَهْلُ الدَّارِ فِيءٌ، وَمَنْ لَمْ يُقَاتِلْ فَلَيْسَ بِفِيءٍ لِأَنَّهُمْ أَتْبَاعُهُ.

وَقَوْلُهُ (وَمَا كَانَ مِنْ مَالِهِ فِي يَدِ حَرْبِيٍّ فَهُوَ فِيءٌ غَصْبًا كَانَ أَوْ وَدِيعَةً لِأَنَّ يَدَهُ لَيْسَتْ بِمُحْتَرَمَةٍ) اعْتَرَضَ عَلَيْهِ بِأَنْ مَا قَامَ مَقَامَ غَيْرِهِ إِنَّمَا يَعْمَلُ بِوَصْفِ الْأَصْلِ لَا بِوَصْفِ نَفْسِهِ كَالثَّرَابِ مَعَ الْمَاءِ فِي التَّيْمُمِ، وَلَمَّا كَانَ الْحَرْبِيُّ مَقَامَ الْمُوَدَّعِ الْمُسْلِمِ كَانَ الْوَاجِبُ أَنْ تَكُونَ يَدُهُ كَيْدَ الْمُسْلِمِ مُحْتَرَمًا نَظَرًا إِلَى نَفْسِهِ لَا غَيْرَ مُحْتَرَمًا نَظَرًا إِلَى

الْحَرْبِيِّ. وَأُجِيبَ بِأَنْ قِيَامَ يَدِ الْمُدَّعِ عَلَى الْوَدِيعَةِ حَقِيقِيٌّ وَقِيَامَ يَدِ الْمَالِكِ عَلَيْهَا حُكْمِيٌّ، وَاعْتِبَارُ الْحُكْمِيِّ إِنْ أَوْجَبَ الْعِصْمَةَ فَاعْتِبَارُ الْحَقِيقِيِّ يَمْنَعُهَا، وَالْعِصْمَةُ لَمْ تَكُنْ ثَابِتَةً لِأَنَّ الْمَالَ فِي أَصْلِهِ عَلَى صِفَةِ الْإِبَاحَةِ وَعِصْمَتُهُ تَابِعَةٌ لِعِصْمَةِ الْمَالِكِ، وَإِنَّمَا تَثْبُتُ التَّبعيةُ أَنْ لَوْ ثَبَتَ يَدُ الْمَالِكِ الْمَعْصُومَ لَهُ حَقِيقَةٌ أَوْ حُكْمًا مَعَ الْإِحْتِرَامِ، لِأَنَّهُ بِدُونِ الْإِحْتِرَامِ يُعَارِضُهَا جِهَةٌ الْإِبَاحَةِ الْأَصْلِيَّةُ فَلَا تَثْبُتُ بِالشَّكِّ. وَقَوْلُهُ (وَمَا كَانَ غَضَبًا فِي يَدِ مُسْلِمٍ) اخْتَلَفَ نُسْخُ الْهُدَايَةِ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ فَبَعْضُهَا وَقَعَ هَكَذَا (وَمَا كَانَ غَضَبًا فِي يَدِ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ فَهُوَ فِيءٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ).

وَقَالَا لَا يَكُونُ فَيْئًا، قَالَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: كَذَا ذَكَرَ الْإِخْتِلَافُ فِي السِّيَرِ الْكَبِيرِ. وَذَكَرَ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ مَعَ مُحَمَّدٍ (وَهُوَ لَيْسَ بِصَحِيحٍ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَذْكُورٍ فِي السِّيَرِ الْكَبِيرِ بِلَفْظِ قَالَا، بَلْ لَيْسَ لِأَبِي يُوسُفَ فِيهِ ذِكْرٌ وَبَعْضُهَا وَقَعَ هَكَذَا، وَذَكَرَ قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ مَعَ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله وَهُوَ أَيْضًا لَيْسَ بِصَحِيحٍ؛ لِأَنَّ الْمَذْكُورَ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ مَعَ قَوْلِ مُحَمَّدٍ وَبَعْضُهَا وَقَعَ هَكَذَا فَهُوَ فِيءٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَكُونُ فَيْئًا. قَالَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: كَذَا ذَكَرَ الْإِخْتِلَافُ فِي السِّيَرِ الْكَبِيرِ، وَذَكَرُوا فِي شُرُوحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ مَعَ قَوْلِ مُحَمَّدٍ، وَهَذَا هُوَ الصَّحِيحُ الْمُطَابِقُ لِرِوَايَةِ السِّيَرِ الْكَبِيرِ وَشَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ (لَهُمَا أَنَّ الْمَالَ تَابِعٌ لِلنَفْسِ) لَكُونِهِ وَقَايَةً لَهَا (وَالنَّفْسُ صَارَتْ مَعْصُومَةً بِالْإِسْلَامِ فَيَعْنِيهَا مَالُهُ فِيهَا. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ) أَيُّ الْمَالِ الَّذِي غَضِبَهُ الْمُسْلِمُ أَوْ الذَّمِّيُّ مِنَ الْحَرْبِيِّ الَّذِي أَسْلَمَ (مَالٌ مُبَاحٌ) لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَعْصُومٍ لِعَدَمِ الْإِحْرَازِ حَقِيقَةً وَحُكْمًا؛ أَمَّا حَقِيقَةُ فُظَاهِرٍ، وَأَمَّا حُكْمًا فَلِأَنَّهُ لَيْسَ فِي يَدِ نَائِبِهِ لَكُونِهِ فِي يَدِ الْغَاصِبِ وَهُوَ لَيْسَ بِنَائِبٍ. بِخِلَافِ الْمُدَّعِ وَكُلِّ مَالٍ مُبَاحٍ يُمْلِكُ بِالْأَسْتِثْلَاءِ بِلَا خِلَافٍ.

وَقَوْلُهُ (وَالنَّفْسُ) لَمْ تَصِرْ مَعْصُومَةً بِإِسْلَامِهِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهَا وَقَدْ صَارَتْ مَعْصُومَةً بِإِسْلَامِهِ. وَتَقْرِيرُهُ: لَا تُسَلِّمُ صَارَتْ مَعْصُومَةً بِإِسْلَامِهِ (أَلَا تَرَى أَنَّهَا لَيْسَتْ بِمُتَقَوِّمَةٍ) حَتَّى لَا يَجِبَ الْقِصَاصُ وَالْدِّيَّةُ عَلَى قَاتِلِهِ فِي دَارِ الْحَرْبِ. فَإِنْ قِيلَ: لَوْ لَمْ تَكُنْ مَعْصُومَةً لَمَا كَانَتْ مُحَرَّمُ التَّعَرُّضِ كَالْحَرْبِيِّ وَلَيْسَ كَذَلِكَ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (إِلَّا أَنَّهَا مُحَرَّمُ التَّعَرُّضِ فِي الْأَصْلِ) يَعْنِي أَنْ حُرْمَةَ التَّعَرُّضِ لَيْسَتْ لَكُونِهَا مَعْصُومَةً. وَإِنَّمَا هِيَ

باعتبار أن النفس على الإطلاق مُحَرَّمُ التَّعَرُّضِ فِي الْأَصْلِ لَكُونِهَا مُكَلَّفَةٌ لِتَقْرِيمِ بِمَا كُفِّتَ بِهِ (وإِبَاحَةُ التَّعَرُّضِ) إِنَّمَا هِيَ (بِعَارِضِ شَرِّهِ. وَقَدْ ائْتَفَقَ بِالْإِسْلَامِ) فَعَادَتْ إِلَى أَصْلِهَا بِاعْتِبَارِ أَنَّهَا مَعْصُومَةٌ (بِخِلَافِ الْمَالِ لِأَنَّهُ خُلِقَ عَرْضَةً لِلَاِمْتِنَانِ فَكَانَ مَحَلًّا لِلتَّمَلُّكِ) فَكَانَ الْمُقْتَضِي مَوْجُودًا وَالْمَانِعُ مُتَنَفِيًا لِأَنَّ الْمَانِعَ كَوْنُهُ فِي يَدِهِ حَقِيقَةً أَوْ حُكْمًا مَعَ الْإِحْتِرَامِ، وَهَذَا لَيْسَ فِي يَدِهِ حُكْمًا لِأَنَّ يَدَ الْعَاصِبِ لَيْسَتْ بِنَائِبَةٍ عَنِ يَدِ الْمَالِكِ فَلَمْ تُثَبِّتِ الْعِصْمَةُ فَيَجْعَلُ كَأَنَّهُ لَيْسَ فِي يَدِ أَحَدٍ فَكَانَ فَيْئًا.

(وَإِذَا خَرَجَ الْمُسْلِمُونَ مِنْ دَارِ الْحَرْبِ لَمْ يَجُزْ أَنْ يَعْطُوا مِنَ الْغَنِيمَةِ وَلَا يَأْكُلُوا مِنْهَا) لِأَنَّ الضَّرُورَةَ قَدْ ارْتَفَعَتْ، وَالْإِبَاحَةُ بِاعْتِبَارِهَا، وَلِأَنَّ الْحَقَّ قَدْ تَأَكَّدَ حَتَّى يُوَرِّثَ نَصِيبَهُ وَلَا كَذَلِكَ قَبْلَ الْإِخْرَاجِ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ (وَمَنْ فَضَلَ مَعَهُ عِلْفًا أَوْ طَعَامًا رَدَّهُ إِلَى الْغَنِيمَةِ) مَعْنَاهُ إِذَا لَمْ تُقَسِّمَ. وَعَنِ الشَّافِعِيِّ مِثْلُ قَوْلِنَا. وَعَنْهُ أَنَّهُ لَا يَرُدُّ اعْتِبَارًا بِالْمُتَلَصِّصِ. وَلِنَّا أَنَّ الْإِحْرَازَ ضَرُورَةُ الْحَاجَةِ وَقَدْ زَالَتْ، بِخِلَافِ الْمُتَلَصِّصِ؛ لِأَنَّهُ كَانَ أَحَقَّ بِهِ قَبْلَ الْإِحْرَازِ فَكَذَا بَعْدَهُ، وَبَعْدَ الْقِسْمَةِ تَصَدَّقُوا بِهِ إِنْ كَانُوا أَغْنِيَاءَ، وَانْتَفَعُوا بِهِ إِنْ كَانُوا مَحَاطِيجَ لِأَنَّهُ صَارَ فِي حُكْمِ الْقُطْعَةِ لِتَعَذُّرِ الرَّدِّ عَلَى الْغَانِمِينَ، وَإِنْ كَانُوا انْتَفَعُوا بِهِ بَعْدَ الْإِحْرَازِ ثُرِدَ قِيمَتُهُ إِلَى الْمَغْنَمِ إِنْ كَانَ لَمْ يُقَسِّمَ، وَإِنْ قُسِّمَتِ الْغَنِيمَةُ فَالْغَنِيُّ يَتَصَدَّقُ بِقِيمَتِهِ وَالْفَقِيرُ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ لِقِيَامِ الْقِيمَةِ مَقَامِ الْأَصْلِ فَأَخَذَ حُكْمَهُ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَإِذَا خَرَجَ الْمُسْلِمُونَ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (مَعْنَاهُ إِذَا لَمْ تُقَسِّمَ) يَعْنِي الْغَنِيمَةَ. وَقَوْلُهُ (اعْتِبَارًا بِالْمُتَلَصِّصِ) فَإِنَّهُ إِذَا دَخَلَ الْوَاحِدُ أَوْ الْاِثْنَانِ دَارَ الْحَرْبِ مُغِيرِينَ بغيرِ إِذْنِ الْإِمَامِ فَأَخَذُوا شَيْئًا فَهُوَ لَهُمْ، وَلَا يُخَمَّسُ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِغَنِيمَةٍ إِذْ الْغَنِيمَةُ هُوَ الْمَأْخُودُ قَهْرًا بِإِذْنِ الْإِمَامِ فَهُوَ مُبَاحٌ سَبَقَتْ أَيْدِيهِمْ إِلَيْهِ. قَوْلُهُ (وَبَعْدَ الْقِسْمَةِ تَصَدَّقُوا بِهِ) أَيُّ إِذَا جَاءُوا بِمَا فَضَّلَ مِنْ طَعَامٍ أَوْ عِلْفٍ أَخَذُوا مِنَ الْغَنِيمَةِ بَعْدَ قِسْمَةِ الْإِمَامِ الْغَنِيمَةَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ تَصَدَّقُوا بِهِ.

وَيُقَالُ رَجُلٌ مَحْجُوجٌ: أَيُّ مُحْتَاجٌ، وَقَوْمٌ مَحَاطِيجُ. وَقَوْلُهُ لِتَعَذُّرِ الرَّدِّ عَلَى الْغَانِمِينَ يَعْنِي لِتَفَرُّقِهِمْ. وَقَوْلُهُ (فَأَخَذَ حُكْمَهُ) أَيُّ أَخَذَتْ الْغَنِيمَةُ حُكْمَ الْأَصْلِ، وَإِنَّمَا ذَكَرَ ضَمِيرَ الْغَنِيمَةِ عَلَى تَأْوِيلِ مَا يَقُومُ أَوْ عَلَى تَأْوِيلِ الْمَذْكُورِ: يَعْنِي لَوْ كَانَ فَاضِلُ الْغَنِيمَةِ

الَّذِي كَانَ مَعَهُ قَائِمًا بَعِيْنِهِ وَهُوَ فَقِيْرٌ فَقَدْ حَلَّ لَهُ التَّائُلُ مِنْهُ فَكَذَا يَحِلُّ لَهُ التَّائُلُ مِنْ قِيْمَتِهِ لِأَنَّ الْغَنِيْمَةَ تَقُوْمُ مَقَامَ الْأَصْلِ.

فَصْلٌ فِي كَيْفِيَّةِ الْقِسْمَةِ

قَالَ (وَيُقَسَّمُ الْإِمَامُ الْغَنِيْمَةَ فَيُخْرِجُ خُمْسَهَا) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: «فَإِنَّ لِلَّهِ خُمْسَهُ» اسْتَنْتَى الْخُمْسَ (وَيُقَسَّمُ الْأَرْبَعَةَ الْأَخْمَاسَ بَيْنَ الْغَانِمِينَ) «لَأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَسَمَهَا بَيْنَ الْغَانِمِينَ» (ثُمَّ لِلْفَارِسِ سَهْمَانٍ وَلِلرَّاجِلِ سَهْمٌ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى (وَقَالَا: لِلْفَارِسِ ثَلَاثَةُ أَسْهُمٍ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى، لَمَّا رَوَى ابْنُ عُمرَرٌ ؓ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَسْهُمَ لِلْفَارِسِ ثَلَاثَةَ أَسْهُمٍ وَلِلرَّاجِلِ سَهْمًا» وَلِأَنَّ الْإِسْتِحْقَاقَ بِالْغَنَاءِ وَغِنَاؤُهُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَمْثَالِ الرَّاجِلِ؛ لِأَنَّهُ لِلْكَرِّ وَالْفَرِّ وَالثَّبَاتِ، وَالرَّاجِلُ لِلثَّبَاتِ لَا غَيْرُ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى مَا رَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَعْطَى الْفَارِسَ سَهْمَيْنِ وَالرَّاجِلَ سَهْمًا» ^(١) فَتَعَارَضَ فِعْلَاهُ، فَيَرْجِعُ إِلَى قَوْلِهِ وَقَدْ قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لِلْفَارِسِ سَهْمَانٍ وَلِلرَّاجِلِ سَهْمٌ» ^(٢) كَيْفَ وَقَدْ رَوَى عَنْ ابْنِ عُمرَرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَسَمَ لِلْفَارِسِ سَهْمَيْنِ» ^(٣) وَإِذَا تَعَارَضَتْ رَوَايَاتُهُ تُرْجَحُ رَوَايَةُ غَيْرِهِ، وَلِأَنَّ الْكَرَّ وَالْفَرَّ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ فَيَكُونُ غِنَاؤُهُ مِثْلِي غِنَاءِ الرَّاجِلِ فَيَفْضُلُ عَلَيْهِ بِسَهْمٍ وَلِأَنَّهُ تَعَدَّرَ اعْتِبَارُ مِقْدَارِ الزِّيَادَةِ لَتَعَدُّرِ مَعْرِفَتِهِ فَيُدَارُ الْحُكْمُ عَلَى سَبَبِ ظَاهِرٍ، وَلِلْفَارِسِ سَبَبَانِ النَّفْسُ وَالْفَرَسُ، وَلِلرَّاجِلِ سَبَبٌ وَاحِدٌ فَكَانَ اسْتِحْقَاقُهُ عَلَى ضَعْفِهِ..

الشرح:

(فَصْلٌ فِي كَيْفِيَّةِ الْقِسْمَةِ): لَمَّا بَيَّنَّ أَحْكَامَ الْعَنَائِمِ لَا بُدَّ مِنْ بَيَانِ كَيْفِيَّةِ قِسْمَتِهَا، وَالْقِسْمَةُ عِبَارَةٌ عَنْ جَمْعِ النَّصِيبِ الشَّائِعِ فِي مَكَانٍ مُعَيَّنٍ (وَيُقَسَّمُ الْإِمَامُ الْغَنِيْمَةَ فَيُخْرِجُ خُمْسَهَا لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَإِنَّ لِلَّهِ خُمْسَهُ﴾ [الأنفال: ٤١] اسْتَنْتَى الْخُمْسَ) أَيَّ أَخْرَجَهُ، اسْتَعَارَ الْإِسْتِثْنَاءَ لِلإِخْرَاجِ لَوْجُودِ مَعْنَاهُ فِيهِ (وَيُقَسَّمُ الْأَرْبَعَةُ الْأَخْمَاسَ بَيْنَ الْغَانِمِينَ)

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٦٣١/٣): غريب من حديث ابن عباس.

(٢) قال الزيلعي في نصب الراية (٦٣٢/٣): غريب جدا، وأخطأ من عزاه لابن أبي شيبه.

(٣) أخرجه الدارقطني (١٠٦/٤)، وانظر نصب الراية (٦٣٣/٣).

بِالْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَالْإِجْمَاعِ، أَمَّا الْكِتَابُ فَلَأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِّن شَيْءٍ﴾ [الأنفال: ٤١] أَضَافَ الْغَنِيمَةَ إِلَى الْغَانِمِينَ وَهُمْ الْغَزَاةُ ثُمَّ قَالَ تَعَالَى: ﴿فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ﴾ [الأنفال: ٤١] فَكَانَ بَيَانُ ضَرُورَةِ أَنْ بَقِيَّةَ الْأَخْمَاسِ لِلْغَزَاةِ، وَقَدْ عُرِفَ ذَلِكَ فِي أَصُولِ الْفِقْهِ. وَأَمَّا السُّنَّةُ فَلَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَسَمَهَا بَيْنَ الْغَانِمِينَ، وَلَأَنَّ الْأَرْبَعَةَ الْأَخْمَاسَ لِلْغَانِمِينَ بِالْإِجْمَاعِ فَيُقَسَّمُ بَيْنَهُمْ أَيْضًا إِيصَالًا لِلْحَقِّ إِلَى مُسْتَحَقِّهِ. ثُمَّ كَيْفِيَّةُ الْقِسْمَةِ أَنَّ يُعْطِيَ الْفَارِسَ سَهْمَيْنِ وَالرَّاجِلَ سَهْمًا (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. وَقَالَا: وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ﷺ لِلْفَارِسِ: ثَلَاثَةٌ أَسْهُمٌ) وَرَوَوْا فِي ذَلِكَ مَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ وَالْغَنَاءِ بِالْمَدِّ وَالْفَتْحِ الْإِجْزَاءُ وَالْكِفَايَةُ وَالْكَرُّ الْحَمْلَةُ وَالْفَرُّ بِمَعْنَى الْفِرَارِ، وَالْفِرَارُ إِذَا كَانَ لِأَجْلِ أَنْ يَكُونَ الْكَرُّ أَشَدَّ كَانَ مِنَ الْجِهَادِ، وَالْفِرَارُ فِي مَوْضِعِهِ مَحْمُودٌ لِّثَلَا يَرْتَكِبُ الْمُنْهَى الْمَذْكُورَ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَلَا تَلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة: ١٩٥] (وَلَأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ مَا رُوِيَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا) وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَلَكِنْ طَرِيقَةُ اسْتِدْلَالِهِ مُخَالَفَةً لِقَوَاعِدِ الْأَصُولِ، فَإِنَّ الْأَصْلَ أَنَّ الدَّلِيلَيْنِ إِذَا تَعَارَضَا وَتَعَذَّرَ التَّوْفِيقُ وَالتَّرْجِيحُ يُصَارُ إِلَى مَا بَعْدَهُ لَا إِلَى مَا قَبْلَهُ وَهُوَ قَوْلُهُ فَتَعَارَضَ فِعْلُهُ فَيَرْجِعُ إِلَى قَوْلِهِ وَالْمُسْلِكُ الْمَعْهُودُ فِي مِثْلِهِ أَنْ يُسْتَدَلَّ بِقَوْلِهِ وَيَقُولُ فِعْلُهُ لَا يُعَارِضُ قَوْلُهُ لَكُونَ الْقَوْلُ أَقْوَى بِالِاتِّفَاقِ.

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا تَعَارَضَتْ رَوَايَتَاهُ تُرْجَحُ رَوَايَةُ غَيْرِهِ) أَيُّ سَلِمَتْ عَنِ الْمُعَارَضَةِ فَيَعْمَلُ بِهَا: يَعْنِي رَوَايَةَ ابْنِ عَبَّاسٍ وَقَوْلُهُ (فَيَكُونُ غَنَاؤُهُ مِثْلَ غِنَاءِ الرَّجُلِ) لِأَنَّ نَفْسَ الْفِرَارِ لَيْسَ بِمَحْمُودٍ، بَلِ الْفِرَارُ إِذَا يَحْسُنُ إِذَا فُعِلَ لِأَجْلِ الْكَرِّ، فَيَكُونَانِ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ (وَلَأَنَّهُ تَعَذَّرَ عَتَبَارُ مِقْدَارِ الزِّيَادَةِ لَتَعَذُّرِ مَعْرِفَتِهِ) يَعْنِي قَدْ يَزِيدُ الْفَارِسُ عَلَى فَارِسٍ آخَرَ وَالرَّاجِلُ عَلَى رَاجِلٍ آخَرَ فِي الْغِنَاءِ، وَالْوُقُوفُ عَلَى تِلْكَ الزِّيَادَةِ مُتَعَذِّرٌ لِأَنَّهَا تَظْهَرُ عِنْدَ الْمُسَايَفَةِ وَكُلُّ مِنْهُمْ مَشْغُولٌ بِرُوحِهِ، وَإِذَا كَانَ مُتَعَذِّرًا وَلَهُ سَبَبٌ ظَاهِرٌ أُدِيرَ الْحُكْمُ عَلَيْهِ (وَالْفَارِسِ سَبَبَانِ نَفْسُهُ وَالْفَرَسُ، وَلِلرَّاجِلِ سَبَبٌ وَاحِدٌ) وَهُوَ نَفْسُهُ (فَكَانَ اسْتِحْقَاقُ الْفَارِسِ عَلَى ضِعْفِهِ)

(وَلَا يُسَهَّمُ إِلَّا لْفَرَسٍ وَاحِدٍ) وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يُسَهَّمُ لْفَرَسَيْنِ، لَمَّا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَسَهَمَ لْفَرَسَيْنِ»^(١) وَلِأَنَّ الْوَاحِدَ قَدْ يَبْعَا فَيَحْتَاجُ إِلَى الْآخَرِ، وَلَهُمَا «أَنَّ الْبَرَاءَ بْنَ أَوْسٍ قَادَ

(١) أخرجه الدارقطني (١٠٤/٤)، وانظر نصب الراية (٦٣٤/٣).

فَرَسَيْنِ فَلَمْ يُسْهِمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَّا لِفَرَسٍ وَاحِدٍ، وَلَأَنَّ الْقِتَالَ لَا يَتَحَقَّقُ بِفَرَسَيْنِ دَفْعَةً وَاحِدَةً فَلَا يَكُونُ السَّبَبُ الظَّاهِرُ مُفْضِيًا إِلَى الْقِتَالِ عَلَيْهِمَا فَيُسْهِمُ لَوَاحِدٍ، وَلِهَذَا لَا يُسْهِمُ لثَلَاثَةِ أَفْرَاسٍ، وَمَا رَوَاهُ مَحْمُولٌ عَلَى التَّنْفِيلِ كَمَا أَعْطَى سَلَمَةُ بْنُ الْأَكْوَعِ سَهْمَيْنِ وَهُوَ رَاجِلٌ^(١) (وَالْبَرَادِيُّنَ وَالْعَتَاقُ سَوَاءٌ) لَأَنَّ الْإِرْهَابَ مُضَافٌ إِلَى جِنْسِ الْخَيْلِ فِي الْكِتَابِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَمَنْ رَبَّاطُ الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾ [الأنفال: ٦٠] وَأَسْمُ الْخَيْلِ يَنْطَلِقُ عَلَى الْبَرَادِيِّنَ وَالْعَرَابِ وَالْهَجِينِ وَالْمَقْرِفِ إِطْلَاقًا وَاحِدًا، وَلَأَنَّ الْعَرَبِيَّ إِنْ كَانَ فِي الطَّلِبِ وَالْهَرَبِ أَقْوَى فَالْبِرْدُونُ أَصْبَرُ وَاللَّيْنُ عَطْفًا، فَفِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَنْفَعَةٌ مُعْتَبَرَةٌ فَاسْتَوِيَا.

الشرح:

قَوْلُهُ وَلَا يُسْهِمُ إِلَّا لِفَرَسٍ وَاحِدٍ وَاضِحٌ. حَاصِلُ الدَّلِيلَيْنِ وَقُوعُ التَّعَارُضِ بَيْنَ رَوَاتِنِي فِعْلُهُ ﷺ وَالرُّجُوعُ إِلَى مَا بَعْدَهُمَا وَهُوَ الْقِيَاسُ بِقَوْلِهِ (وَلَأَنَّ الْقِتَالَ لَا يَتَحَقَّقُ بِفَرَسَيْنِ دَفْعَةً وَاحِدَةً) فَلَا يَكُونُ السَّبَبُ الظَّاهِرُ وَهُوَ مُجَاوِزَةُ الدَّرَبِ مُفْضِيًا إِلَى زِيَادَةِ الْغَنَاءِ بِالْقِتَالِ عَلَيْهِمَا فَيُسْهِمُ لَوَاحِدٍ وَلِهَذَا لَا يُسْهِمُ لثَلَاثَةِ أَفْرَاسٍ. وَقَوْلُهُ (وَمَا رَوَاهُ مَحْمُولٌ عَلَى التَّنْفِيلِ إلخ) اسْتَظْهَرَ فِي تَقْوِيَةِ الدَّلِيلِ لَأَنَّ مَا رَوَاهُ لَمَّا سَقَطَ بِالْمُعَارَضَةِ لَا يَحْتَاجُ إِلَى جَوَابٍ عَنْهُ أَوْ تَأْوِيلٍ لَهُ (وَالْبَرَادِيُّنَ وَالْعَتَاقُ سَوَاءٌ) الْبَرَادِيُّنَ جَمْعُ بَرْدُونٍ وَهُوَ فَرَسُ الْعَجَمِ، وَالْعَتَاقُ الْكَرَائِمُ. يُقَالُ عَتَاقُ الْخَيْلِ وَالطَّيْرُ لِكَرَامَتِهِمَا، وَالْعَرَابُ خِلَافُ فَرَسِ الْعَجَمِ. وَالْهَجِينُ مَا يَكُونُ أَبُوهُ مِنَ الْكَوَادِنِ وَأُمُّهُ عَرَبِيَّةٌ، وَالْكَوَادِنُ الْبِرْدُونُ وَيُشَبِّهُ بِهِ الْبَلِيدُ، وَالْمَقْرِفُ عَكْسُ الْهَجِينِ، وَإِنَّمَا تَصَدَّى لَذِكْرِ التَّسْوِيَةِ بَيْنَ الْبِرْدُونِ وَالْعَتَاقِ لَأَنَّ أَهْلَ الشَّامِ يَقُولَانِ لَا يُسْهِمُ لِلْبَرَادِيِّنِ وَرَوَوْا فِيهِ حَدِيثًا عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ شَاذًا، وَحُجَّتُنَا مَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (أَلَيْنَ عَطْفًا) بِفَتْحِ الْعَيْنِ وَكَسْرِهَا، فَمَعْنَى الْفَتْحِ الْإِمَالَةُ، وَمَعْنَى الْكَسْرِ الْجَانِبُ.

(وَمَنْ دَخَلَ دَارَ الْحَرْبِ فَارِسًا فَهَنَفَقَ فَرَسُهُ اسْتَحَقَّ سَهْمَ الْفُرْسَانِ، وَمَنْ دَخَلَ رَاجِلًا فَاسْتَحَقَّ سَهْمَ رَاجِلٍ) وَجَوَابُ الشَّافِعِيِّ عَلَى عَكْسِهِ فِي الْفَصْلَيْنِ، وَهَكَذَا رَوَى ابْنُ الْمُبَارَكِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي الْفَصْلِ الثَّانِي أَنَّهُ يَسْتَحَقُّ سَهْمَ الْفُرْسَانِ. وَالْحَاصِلُ أَنَّ الْمُعْتَبَرَ

(١) أخرجه مسلم في الجهاد (١٣٢)، وانظر نصب الراية (٦٣٦/٣).

عِنْدَنَا حَالَةُ الْمَجَاوِزَةِ، وَعِنْدَهُ حَالَةُ انْقِضَاءِ الْحَرْبِ لَهُ أَنَّ السَّبَبَ هُوَ الْقَهْرُ وَالْقِتَالُ فَيُعْتَبَرُ حَالُ الشَّخْصِ عِنْدَهُ وَالْمَجَاوِزَةُ وَسِيلَةً إِلَى السَّبَبِ كَالْخُرُوجِ مِنَ الْبَيْتِ، وَتَعْلِيْقُ الْأَحْكَامِ بِالْقِتَالِ يَدُلُّ عَلَى إِمْكَانِ الْوُقُوفِ عَلَيْهِ، وَلَوْ تَعَدَّرَ أَوْ تَعَسَّرَ تَعَلَّقَ بِشُهُودِ الْوَقْعَةِ؛ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ إِلَى الْقِتَالِ. وَلَنَا أَنَّ الْمَجَاوِزَةَ نَفْسَهَا قِتَالٌ لِأَنَّهُ يَلْحَقُهُمُ الْخَوْفُ بِهَا وَالْحَالُ بَعْدَهَا حَالَةُ الدَّوَامِ وَلَا مُعْتَبَرٌ بِهَا؛ وَلِأَنَّ الْوُقُوفَ عَلَى حَقِيقَةِ الْقِتَالِ مُتَعَسِّرٌ وَكَذَا عَلَى شُهُودِ الْوَقْعَةِ لِأَنَّ حَالَ التِّقَاءِ الصِّفِّينِ فَتَقَامُ الْمَجَاوِزَةُ مَقَامَهُ إِذْ هُوَ السَّبَبُ الْمُضِي إِلَى ظَاهِرٍ إِذَا كَانَ عَلَى قَصْدِ الْقِتَالِ فَيُعْتَبَرُ حَالُ الشَّخْصِ بِحَالَةِ الْمَجَاوِزَةِ فَارِسًا كَانَ أَوْ رَاجِلًا. وَلَوْ دَخَلَ فَارِسًا وَقَاتَلَ رَاجِلًا لَضِيقِ الْمَكَانِ يَسْتَحِقُّ سَهْمَ الْفُرْسَانِ بِالِاتِّفَاقِ، وَلَوْ دَخَلَ فَارِسًا ثُمَّ بَاعَ فَرَسَهُ أَوْ وَهَبَ أَوْ أَجَرَ أَوْ رَهَنَ فَفِي رِوَايَةِ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ يَسْتَحِقُّ سَهْمَ الْفُرْسَانِ اعْتِبَارًا لِلْمَجَاوِزَةِ. وَفِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ يَسْتَحِقُّ سَهْمَ الرِّجَالِ لِأَنَّ الْإِقْدَامَ عَلَى هَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ مِنْ قَصْدِهِ بِالْمَجَاوِزَةِ الْقِتَالُ فَارِسًا. وَلَوْ بَاعَهُ بَعْدَ الْفَرَاغِ لَمْ يَسْقُطْ سَهْمُ الْفُرْسَانِ، وَكَذَا إِذَا بَاعَ فِي حَالَةِ الْقِتَالِ عِنْدَ الْبَعْضِ. وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَسْقُطُ لِأَنَّ الْبَيْعَ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ غَرَضَهُ التَّجَارَةَ فِيهِ إِلَّا أَنَّهُ يَنْتَظِرُ عِزَّتَهُ

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ دَخَلَ دَارَ الْحَرْبِ فَارِسًا) هَذَا الْبَيَانُ وَقْتُ إِقَامَةِ السَّبَبِ الظَّاهِرِ مَقَامَ مَا يُوجِبُ زِيَادَةَ السَّهْمِ وَهُوَ وَقْتُ مُجَاوِزَةِ الدَّرَبِ عِنْدَنَا. وَقَوْلُهُ (وَهَكَذَا) أَيُّ كَقَوْلِ الشَّافِعِيِّ رحمته الله (رَوَى ابْنُ الْمُبَارَكِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله فِي الْفَصْلِ الثَّانِي) يَعْنِي مَا إِذَا دَخَلَ دَارَ الْحَرْبِ رَاجِلًا ثُمَّ اشْتَرَى فَرَسًا وَقَاتَلَ فَارِسًا، وَفِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لَا يَسْتَحِقُّ سَهْمَ الْفُرْسَانِ (وَالْحَاصِلُ أَنَّ الْمُعْتَبَرَ عِنْدَنَا فِي وَقْتُ إِقَامَةِ السَّبَبِ مَقَامَ ذَلِكَ حَالَةُ الْمَجَاوِزَةِ) أَيُّ مُجَاوِزَةِ الدَّرَبِ.

قَالَ الْخَلِيلُ: الدَّرَبُ الْبَابُ الْوَاسِعُ عَلَى السَّكَّةِ وَعَلَى كُلِّ مَذْخَلٍ مِنْ مَذَاحِلِ الرُّومِ دَرَبٌ مِنْ دُرُوبِهَا، لَكِنْ الْمَرَادُ بِالدَّرَبِ هَاهُنَا هُوَ الْبَرْزُخُ الْحَاجِزُ بَيْنَ الدَّارَيْنِ دَارِ الْإِسْلَامِ وَدَارِ الْحَرْبِ، حَتَّى لَوْ جَاوَزْتَ الدَّرَبَ دَخَلْتَ فِي حَدِّ دَارِ الْحَرْبِ، وَلَوْ جَاوَزَ أَهْلُ دَارِ الْحَرْبِ الدَّرَبَ دَخَلُوا فِي حَدِّ دَارِ الْإِسْلَامِ (وَعِنْدَهُ خَالَ انْقِضَاءِ الْحَرْبِ) أَيُّ تَمَامِهَا وَهَذِهِ رِوَايَةٌ عَنْهُ، وَالظَّاهِرُ مِنْ مَذْهَبِهِ أَنَّهُ يَعْتَبَرُ مُجَرَّدَ شُهُودِ الْوَقْعَةِ، وَدَلِيلُهُ يَدُلُّ

عَلَى ذَلِكَ، وَكَانَ الْمُصَنَّفُ أَشَارَ بِقَوْلِهِ حَالِ انْقِضَاءِ الْحَرْبِ إِلَى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عَنْهُ وَبِالدَّلِيلِ إِلَى الْأُخْرَى لِأَنَّ قَوْلَهُ (يُعْتَبَرُ حَالُ الشَّخْصِ عِنْدَهُ) أَيْ عِنْدَ الْقِتَالِ إِشَارَةٌ إِلَى حَالِ شُهُودِ الْوَقْعَةِ لَا إِلَى حَالِ انْقِضَائِهَا. وَقَوْلُهُ (وَالْمُجَاوِزَةُ وَسِيلَةٌ) رَدٌّ لِمَذْهَبِنَا.

وَقَوْلُهُ (كَالْخُرُوجِ مِنْ مَبِيتٍ) يَعْنِي لِلْقِتَالِ، فَإِنَّهُ وَسِيلَةٌ إِلَى السَّبَبِ وَلَا مُعْتَبَرٌ بِهِ فِي اعْتِبَارِ حَالِ الْعَازِي مِنْ كَوْنِهِ رَاجِلًا أَوْ فَارِسًا، وَكَذَلِكَ فِي هَذِهِ الْوَسِيلَةِ. وَقَوْلُهُ (وَتَعْلِيقُ الْأَحْكَامِ) جَوَابٌ عَمَّا سَنَذْكُرُ فِي تَعْلِيلِنَا أَنَّ الْوُقُوفَ عَلَى حَقِيقَةِ الْقِتَالِ مُتَعَسِّرٌ. وَيَبَيِّنُهُ أَنَّ الْأَحْكَامَ تَعَلَّقَتْ بِوُجُودِ الْقِتَالِ حَقِيقَةً كَإِعْطَاءِ الرِّضْخِ لِلصَّبِيِّ إِذَا قَاتَلَ، وَكَذَلِكَ الْمَرْأَةُ وَالْعَبْدُ وَالذَّمِّيُّ، وَلَوْ كَانَ ذَلِكَ مُتَعَسِّرًا لَمَا تَرَبَّبَ عَلَيْهِ الْأَحْكَامُ. وَلَئِنْ سَلَمْنَا عُسْرَهُ لَكِنْ يَجِبُ تَعْلُقُ حُكْمِ كَوْنِهِ رَاجِلًا أَوْ فَارِسًا بِحَالَةٍ هِيَ أَقْرَبُ إِلَى الْقِتَالِ وَهِيَ شُهُودُ الْوَقْعَةِ لَا مُجَاوِزَةُ الدَّرَبِ (وَلَنَا أَنَّ الْمُجَاوِزَةَ نَفْسَهَا قِتَالٌ) لِأَنَّ الْقِتَالِ اسْمٌ لِفِعْلٍ يَقَعُ بِهِ لِلْعَدُوِّ خَوْفٌ، وَمُجَاوِزَةُ الدَّرَبِ قَهْرًا، وَشَوْكَةٌ تَحْصُلُ لَهُمُ الْخَوْفُ فَكَانَ قِتَالًا. وَإِذَا وُجِدَ أَصْلُ الْقِتَالِ فَارِسًا لَمْ يَتَغَيَّرْ حُكْمُهُ بِتَغْيِيرِ أَحْوَالِهِمْ بَعْدَ ذَلِكَ لِأَنَّ ذَلِكَ (حَالَةٌ دَوَامِ الْقِتَالِ وَلَا مُعْتَبَرٌ بِهَا) لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ تَعْلِيقَ الْحُكْمِ بِدَوَامِ الْقِتَالِ لِأَنَّ الْفَارِسَ لَا يُمَكِّنُهُ أَنْ يُقَاتَلَ فَارِسًا دَائِمًا لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ أَنْ يَنْزِلَ فِي بَعْضِ الْمَضَاقِقِ خُصُوصًا فِي الْمَشْجَرَةِ أَوْ فِي الْحِصْنِ أَوْ فِي الْبَحْرِ. وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّ الْوُقُوفَ عَلَى حَقِيقَةِ الْقِتَالِ) وَاضِحٌ عَلَى مَا ذَكَرْنَا.

(وَلَا يُسَهَّمُ لِمَمْلُوكٍ وَلَا امْرَأَةٍ وَلَا صَبِيٍّ وَلَا ذِمِّيٍّ وَلَكِنْ يَرْضَخُ لَهُمْ عَلَى حَسَبِ مَا يَرَى الْإِمَامُ) مَا رَوَى «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ لَا يُسَهَّمُ لِلنِّسَاءِ وَالصَّبِيَّانِ وَالْعَبِيدِ وَكَانَ يَرْضَخُ لَهُمْ»^(١) وَلَمَّا اسْتَعَانَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بِالْيَهُودِ عَلَى الْيَهُودِ لَمْ يُعْطِهِمْ شَيْئًا مِنَ الْغَنِيمَةِ^(٢)؛ يَعْنِي أَنَّهُ لَمْ يُسَهَّمْ لَهُمْ، وَلَأَنَّ الْجِهَادَ عِبَادَةً، وَالذَّمِّيُّ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْعِبَادَةِ، وَالصَّبِيُّ وَالْمَرْأَةُ عَاجِزَانِ عَنْهُ وَلِهَذَا لَمْ يَلْحَقَهُمَا فَرَضُهُ، وَالْعَبْدُ لَا يُمَكِّنُهُ الْمَوْلَى وَلَهُ مَنَعُهُ، إِلَّا أَنَّهُ يَرْضَخُ لَهُمْ تَحْرِيسًا عَلَى الْقِتَالِ مَعَ إِظْهَارِ انْحِطَاطِ رُتَبِهِمْ، وَالْمَكَاتِبُ بِمَنْزِلَةِ الْعَبْدِ لِقِيَامِ الرِّقِّ وَتَوَهُمِ عَجْزِهِ فَيَمْنَعُهُ الْمَوْلَى عَنِ الْخُرُوجِ إِلَى الْقِتَالِ ثُمَّ الْعَبْدُ

(١) أخرجه مسلم في الجهاد والسير (١٣٧-١٤١)، وانظر نصب الراية (٦٣٦/٣).

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى (٦٤/٩)، وانظر نصب الراية (٦٣٩/٣).

إِنَّمَا يَرْضَخُ لَهُ إِذَا قَاتَلَ لِأَنَّهُ دَخَلَ لخدمَةِ الْمَوْلَى فَصَارَ كَالتَّاجِرِ، وَالْمَرَأَةُ يَرْضَخُ لَهَا إِذَا كَانَتْ تُدَاوِي الْجَرَحَى، وَتَقُومُ عَلَى الْمَرْضَى لِأَنَّهَا عَاجِزَةٌ عَنْ حَقِيقَةِ الْقِتَالِ فَيَقَامُ هَذَا النُّوعُ مِنَ الْإِعَانَةِ مَقَامَ الْقِتَالِ، بِخِلَافِ الْعَبْدِ لِأَنَّهُ قَادِرٌ عَلَى حَقِيقَةِ الْقِتَالِ، وَالذَّمِّيُّ إِنَّمَا يَرْضَخُ لَهُ إِذَا قَاتَلَ أَوْ دَلَّ عَلَى الطَّرِيقِ، وَلَمْ يُقَاتِلْ لِأَنَّهُ فِيهِ مَنْفَعَةٌ لِلْمُسْلِمِينَ، إِلَّا أَنَّهُ يَزَادُ عَلَى السَّهْمِ فِي الدَّلَالَةِ إِذَا كَانَتْ فِيهِ مَنْفَعَةٌ عَظِيمَةٌ، وَلَا يَبْلُغُ بِهِ السَّهْمُ إِذَا قَاتَلَ، لِأَنَّهُ جِهَادٌ، وَالْأَوَّلُ لَيْسَ مِنْ عَمَلِهِ وَلَا يُسَوِّي بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمُسْلِمِ فِي حُكْمِ الْجِهَادِ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَتَوَهُّمُ عَجْزِهِ) يَحْتَمِلُ أَنْ يَعْجزَ الْمَكْتُوبُ عَنْ آدَاءِ بَدَلِ الْكِتَابَةِ فَيَعُودَ إِلَى الرَّقِّ، وَحِينَئِذٍ كَانَ لِلْمَوْلَى وَلَايَةُ الْمَنعِ فَيَمْنَعُ فِي الْحَالِ لَوْجُودِ التَّوَهُّمِ. قَوْلُهُ لِأَنَّهَا عَاجِزَةٌ عَنْ حَقِيقَةِ الْقِتَالِ ظَاهِرٌ. وَاعْتَرَضَ عَلَيْهِ بِأَنَّهَا لَوْ كَانَتْ عَاجِزَةً لَمَا صَحَّ أَمَانُهَا لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَصِحُّ مِمَّنْ يُخَافُ مِنْهُ الْقِتَالُ لِقُدْرَتِهِ عَلَى الْقِتَالِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْأَمَانَ صَحَّتُهُ لَا تَتَوَقَّفُ عَلَى الْقُدْرَةِ عَلَى حَقِيقَةِ الْقِتَالِ، بَلْ تُثَبِّتُ بِشُبْهَةِ الْقِتَالِ لِأَنَّهُ مِمَّا يَثْبُتُ بِالشُّبْهَاتِ وَهِيَ لَيْسَتْ بِعَاجِزَةٍ عَنْ شُبْهَةِ الْقِتَالِ بِمَا لَهَا وَعَيْدُهَا، وَأَمَّا السَّهْمُ مِنَ الْغَنِيمَةِ فَإِنَّمَا يُسْتَحَقُّ بِحَقِيقَةِ الْقُدْرَةِ عَلَى الْقِتَالِ وَهِيَ عَاجِزَةٌ عَنْهَا (وَلَا يَبْلُغُ بِهِ السَّهْمُ إِذَا قَاتَلَ لِأَنَّهُ جِهَادٌ) فَلَا يَبْلُغُ بِسَهْمِهِ سَهْمُ الْمُجَاهِدِينَ (وَالْأَوَّلُ لَيْسَ مِنْ عَمَلِهِ) أَيُّ الدَّلَالَةِ لَيْسَتْ مِنْ عَمَلِ الْجِهَادِ فَكَانَتْ عَمَلًا كَسَائِرِ الْأَعْمَالِ فَيَبْلُغُ أَجْرُهُ بِالْعَامَا بَلْغًا.

(وَأَمَّا الْخُمُسُ فَيُقَسَّمُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَصْهُمٍ: سَهْمٌ لِلْيَتَامَى وَسَهْمٌ لِلْمَسَاكِينِ وَسَهْمٌ لِابْنِ السَّبِيلِ يَدْخُلُ فُقَرَاءُ ذَوِي الْقُرْبَى فِيهِمْ وَيُقَدِّمُونَ، وَلَا يُدْفَعُ إِلَى أَغْنِيَائِهِمْ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَهُمْ خُمُسُ الْخُمُسِ يَسْتَوِي فِيهِ غَنِيَهُمْ وَفَقِيرُهُمْ، وَيُقَسَّمُ بَيْنَهُمُ لِلذِّكْرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ، وَيَكُونُ لِبَنِي هَاشِمٍ وَبَنِي الْمُطَّلِبِ دُونَ غَيْرِهِمْ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلِذِي الْقُرْبَى﴾ [الأنفال: ٤١] مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ بَيْنَ الْغَنِيِّ وَالْفَقِيرِ. وَلَنَا أَنَّ الْخُلَفَاءَ الْأَرْبَعَةَ الرَّاشِدِينَ قَسَمُوهُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَصْهُمٍ عَلَى نَحْوِ مَا قُلْنَا وَكَفَى بِهِمْ قُدُورَةٌ.

وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «يَا مَعْشَرَ بَنِي هَاشِمٍ إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى كَرِهَ لَكُمْ غُسَالَتِ النَّاسِ وَأَوْسَاحَهُمْ وَعَوَضَكُمْ مِنْهَا بِخُمُسِ الْخُمُسِ»^(١) وَالْعَوَاضُ إِنَّمَا يَثْبُتُ فِي حَقِّ مَنْ

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٦٤١): غريب.

يَبْتُ فِي حَقِّهِ الْمُعَوَّضُ وَهُمْ الْفُقَرَاءُ. وَالنَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَعْطَاهُمْ لِلنُّصْرَةِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَّلَ فَقَالَ: «إِنَّهُمْ لَن يَزَالُوا مَعِيَ هَكَذَا فِي الْجَاهِلِيَّةِ وَالْإِسْلَامِ، وَشَبَكَ بَيْنَ أَصَابِعِهِ» ^(١) دَلَّ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ مِنَ النَّصْرِ قُرْبُ النُّصْرَةِ لَا قُرْبُ الْقَرَابَةِ. قَالَ (فَأَمَّا ذِكْرُ اللَّهِ تَعَالَى فِي الْخُمْسِ فَإِنَّهُ لَا فَتْحَ الْكَلَامِ تَبَرُّكَ بِاسْمِهِ، وَسَهْمُ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ سَقَطَ بِمَوْتِهِ كَمَا سَقَطَ الصَّفِيُّ) لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ يَسْتَحِقُّهُ بِرِسَالَتِهِ وَلَا رَسُولَ بَعْدَهُ وَالصَّفِيُّ شَيْءٌ كَانَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ يَصْطَلِفِيهِ لِنَفْسِهِ مِنَ الْغَنِيمَةِ مِثْلَ دِرْعٍ أَوْ سَيْفٍ أَوْ جَارِيَةٍ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُصْرَفُ سَهْمُ الرَّسُولِ إِلَى الْخَلِيفَةِ، وَالْحُجَّتُ عَلَيْهِ مَا قَدَّمَاهُ (وَسَهْمُ ذَوِي الْقُرْبَى كَانُوا يَسْتَحِقُّونَهُ فِي زَمَنِ النَّبِيِّ ﷺ بِالنُّصْرَةِ) لَمَّا رَوَيْنَا.

قَالَ (وَبَعْدَهُ بِالْفَقْرِ) قَالَ الْعَبْدُ الضَّعِيفُ عَصَمَهُ اللَّهُ: هَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ قَوْلُ الْكَرْخِيِّ. وَقَالَ الطَّحَاوِيُّ: سَهْمُ الْفَقِيرِ مِنْهُمْ سَاقِطٌ أَيْضًا لَمَّا رَوَيْنَا مِنَ الْإِجْمَاعِ، وَلَئِنْ فِيهِ مَعْنَى الصَّدَقَةِ نَظَرًا إِلَى الْمَصْرِفِ فَيُحَرِّمُهُ كَمَا حَرَّمَ الْعِمَالَةَ. وَجَهُ الْأَوَّلُ وَهَيْلٌ هُوَ الْأَصَحُّ مَا رَوَى أَنَّ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَعْطَى الْفُقَرَاءَ مِنْهُمْ، وَالْإِجْمَاعُ انْعَقَدَ عَلَى سُقُوطِ حَقِّ الْأَغْنِيَاءِ، أَمَّا فَقَرَاؤُهُمْ فَيَدْخُلُونَ فِي الْأَصْنَافِ الثَّلَاثَةِ.

الشرح:

قَالَ (وَأَمَّا الْخُمْسُ فَيُقَسَّمُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَصْنَافٍ سَهْمٌ لِلْيَتَامَى وَسَهْمٌ لِلْمَسَاكِينِ وَسَهْمٌ لِأَبْنَاءِ السَّبِيلِ يَدْخُلُ فُقَرَاءُ ذَوِي الْقُرْبَى فِيهِمْ) أَيُّ فِي الْأَصْنَافِ الثَّلَاثَةِ، وَمَعْنَى هَذَا الْكَلَامِ أَنَّ أَتْيَامَ ذَوِي الْقُرْبَى يَدْخُلُونَ فِي سَهْمِ الْيَتَامَى وَيُقَدَّمُونَ عَلَيْهِمْ، وَمَسَاكِينُ ذَوِي الْقُرْبَى يَدْخُلُونَ فِي سَهْمِ الْمَسَاكِينِ، وَأَبْنَاءُ السَّبِيلِ مِنْهُمْ يَدْخُلُونَ فِي أَبْنَاءِ السَّبِيلِ وَسَبَبُ الاسْتِحْقَاقِ فِي هَذِهِ الْأَصْنَافِ الثَّلَاثَةِ الْاِحْتِيَاجُ، غَيْرَ أَنَّ سَبَبَهُ مُخْتَلَفٌ فِي نَفْسِهِ مِنَ الْيَتَمِ وَالْمَسْكِنَةِ وَكَوْنُهُ ابْنُ السَّبِيلِ، ثُمَّ إِنَّهُمْ مَصَارِفُ لَا مُسْتَحِقُّونَ حَتَّى أَنَّهُ لَوْ صَرَفَ إِلَى صِنْفٍ وَاحِدٍ مِنْهُمْ جَازَ عِنْدَنَا كَمَا فِي الصَّدَقَاتِ (وَلَا يَدْخُلُ إِلَى أَغْنِيَائِهِمْ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: لَمْ يَخْمَسْ الْخُمْسُ يَسْتَوِي فِيهِ غَنِيُّهُمْ وَفَقِيرُهُمْ، وَيُقَسَّمُ بَيْنَهُمْ لِلذِّكْرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ وَيَكُونُ لِبَنِي هَاشِمٍ وَبَنِي الْمُطَّلِبِ ذُونَ غَيْرِهِمْ) مِنْ بَنِي

(١) أخرجه أبو داود (٢٩٨٠)، والنسائي في الفقه باب ١، وابن ماجه (٢٨٨١).

عَبْدَ شَمْسٍ وَبَنِي نَوْفَلٍ لَقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلِذِي الْقُرْبَىٰ﴾ [الأنفال: ٤١] مِنْ غَيْرِ فَصَلِّ بَيْنَ
 الْعَنِيِّ وَالْفَقِيرِ) فَيَشْتَرِكَانِ (وَلَنَا أَنَّ الْخُلَفَاءَ الرَّاشِدِينَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ قَسَمُوا الْخُمْسَ عَلَى
 ثَلَاثَةِ عَلَى نَحْوِ مَا قُلْنَا وَكَفَى بِهِمْ قُدُورَةٌ) وَلَمْ يُخَالِفْهُمْ أَحَدٌ فَكَانَ إِجْمَاعًا. وَقَوْلُهُ (وَقَدْ
 قَالَ النَّبِيُّ ﷺ) دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يُصَرَفْ إِلَى أَغْنِيَائِهِمْ شَيْءٌ لِأَنَّهُ قَالَ: «يَا بَنِي هَاشِمٍ إِنَّ
 اللَّهَ كَرِهَ لَكُمْ غُسَالَةَ أَيْدِي النَّاسِ وَأَوْسَاحَهُمْ وَعَوَضَكُمْ مِنْهَا بِخُمْسِ الْخُمْسِ»
 وَالْعَوَضُ إِئِمَّا يَثْبُتُ فِي حَقِّ مَنْ يَثْبُتُ فِي حَقِّهِ الْعَوَضُ وَهُمْ الْفُقَرَاءُ يَعْنِي أَنَّ الْمَعْوِضَ
 وَهُوَ الزَّكَاةُ لَا يَجُوزُ دَفْعُهَا إِلَى الْأَغْنِيَاءِ، فَكَذَلِكَ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ عَوِضَ الزَّكَاةِ وَهُوَ
 خُمْسُ الْغَنَائِمِ لَا يَدْفَعُ إِلَيْهِمْ لِأَنَّ الْعَوِضَ إِئِمَّا يَثْبُتُ فِي حَقِّ مَنْ فَاتَ عَنْهُ الْمَعْوِضُ وَإِلَّا
 لَا يَكُونُ عَوِضًا لَذَلِكَ الْمَعْوِضُ.

فَإِنْ قِيلَ: هَذَا الْحَدِيثُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ ثَابِتًا صَحِيحًا أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ وَجَبَ
 أَنْ يَقْسِمَ الْخُمْسَ عَلَى خَمْسَةِ أَصْنَافٍ وَأَنْتُمْ تَقْسِمُونَهُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَصْنَافٍ وَهُوَ مُخَالَفَةٌ
 مِنْكُمْ لِلْحَدِيثِ الثَّابِتِ الصَّحِيحِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي لَا يَصِحُّ الِاسْتِدْلَالُ بِهِ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ
 لِهَذَا الْحَدِيثِ دَلِيلَيْنِ: أَحَدَاهُمَا إِبْتِاثُ الْعَوِضِ فِي الْمَحَلِّ الَّذِي فَاتَ عَنْهُ الْمَعْوِضُ عَلَى مَا
 ذَكَرْنَا. وَالثَّانِيَةُ جَعْلُهُ عَلَى خَمْسَةِ أَصْنَافٍ، وَلَكِنْ قَامَ الدَّلِيلُ عَلَى انْتِفَاءِ الْخُمْسِ عَلَى
 خَمْسَةِ أَصْنَافٍ وَهُوَ فِعْلُ الْخُلَفَاءِ الرَّاشِدِينَ كَمَا تَقَدَّمَ، وَلَمْ يَقُمْ الدَّلِيلُ عَلَى تَغْيِيرِ الْعَوِضِ
 مِنْ فَاتَ عَنْهُ الْمَعْوِضُ فَقُلْنَا بِهِ، كَمَا تَمَسَّكَ الْخَصْمُ عَلَى تَكَرُّارِ الصَّلَاةِ عَلَى الْجَنَازَةِ
 بِمَا رُوِيَ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ صَلَّى عَلَى حِمْرَةَ سَبْعِينَ صَلَاةً» وَهُوَ لَا يَقُولُ بِالصَّلَاةِ
 عَلَى الشَّهِيدِ، وَلَكِنْ يَقُولُ لِلْحَدِيثِ دَلِيلَانِ، فَاخْتِذَاهُمَا بَاقِيَةٌ وَإِنْ انْتَفَتْ الْأُخْرَى. فَإِنْ
 قِيلَ: لَوْ كَانَ مَا ذَكَرْتُمْ صَحِيحًا بِجَمِيعِ مُقَدِّمَاتِهِ لَمَا أُعْطَاهُمُ النَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ،
 وَقَدْ ثَبَتَ أَنَّهُ ﷺ أُعْطِيَ بَنِي هَاشِمٍ وَبَنِي الْمُطَّلِبِ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَالنَّبِيُّ ﷺ أُعْطَاهُمْ
 لِلنُّصْرَةِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَّلَ فَقَالَ: «إِنَّهُمْ لَنْ يَزَالُوا مَعِيَ هَكَذَا فِي
 الْجَاهِلِيَّةِ وَالْإِسْلَامِ، وَشَبَّكَ بَيْنَ أَصَابِعِهِ») وَقِصَّتُهُ مَا رُوِيَ عَنْ جُبَيْرِ بْنِ مُطْعِمٍ أَنَّهُ قَالَ:
 «لَمَّا كَانَ يَوْمُ خَيْبَرَ وَضَعَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ سَهْمَ ذَوِي الْقُرْبَى بَيْنَ بَنِي هَاشِمٍ وَبَنِي الْمُطَّلِبِ
 وَتَرَكَ بَنِي نَوْفَلٍ وَبَنِي عَبْدِ شَمْسٍ، فَأَنْطَلَقْتُ أَنَا وَعُثْمَانُ بْنُ عَفَّانَ حَتَّى أَتَيْنَا رَسُولَ اللَّهِ
 ﷺ فَقُلْنَا: يَا رَسُولَ اللَّهِ هَؤُلَاءِ بَنُو هَاشِمٍ لَا تُنْكِرُ فَضْلَهُمْ لِلْمَوْضِعِ الَّذِي وَضَعَكَ اللَّهُ بِهِ

فِيهِمْ، فَمَا بَالُ إِخْوَانَنَا بَنِي الْمُطَلَّبِ أُعْطِيَتْهُمْ وَتَرَكْنَا وَقَرَأْتْنَا وَاحِدَةً؟ فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ
وَالسَّلَامُ: أَنَا وَبَنُو الْمُطَلَّبِ لَا نَفْتَرِقُ فِي جَاهِلِيَّةٍ وَلَا إِسْلَامٍ وَإِنَّمَا نَحْنُ وَهُمْ شَيْءٌ
وَاحِدٌ، وَشَبَّكَ بَيْنَ أَصَابِعِهِ وَأَشَارَ إِلَى نُصْرَتِهِمْ «وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ (دَلَّ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ
بِالنَّصْرِ) أَغْنَى قَوْلُهُ وَلِذِي الْقُرْبَى (قُرْبُ النُّصْرَةِ لَا قُرْبُ الْقَرَابَةِ) وَالْمُرَادُ بِالنُّصْرَةِ نُصْرَةُ
الاجْتِمَاعِ فِي الشُّعْبِ لَا نُصْرَةُ الْقِتَالِ، يُشِيرُ إِلَيْهِ قَوْلُهُ: «لَا نَفْتَرِقُ فِي جَاهِلِيَّةٍ وَلَا
إِسْلَامٍ» وَلِهَذَا يُصَرِّفُ لِلنِّسَاءِ وَالذَّرَارِيِّ. وَإِذَا ثَبَتَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَعْطَاهُمْ لِلنُّصْرَةِ لَا
لِلْقَرَابَةِ وَقَدْ انْتَهَتْ النُّصَرَاتُ انْتَهَى الإِعْطَاءُ لِأَنَّ الْحُكْمَ يَنْتَهِي بِانْتِهَاءِ عِلَّتِهِ.

قَالَ (فَإِنَّمَا ذَكَرُ اللَّهُ تَعَالَى فِي الْخُمْسِ) لَمَّا فَرَّغَ مِنْ بَيَانِ وَجْهِ سُقُوطِ سَهْمِ ذَوِي
الْقُرْبَى بَيْنَ وَجْهِ سُقُوطِ مَا سِوَى الثَّلَاثَةِ الْمَذْكُورَةِ فِي النَّصِّ فَقَالَ: فَإِنَّمَا ذَكَرُ اللَّهُ تَعَالَى
فِي الْخُمْسِ يَعْنِي قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ﴾ [الأنفال: ٤١] (فَإِنَّهُ لَافْتِاحُ الْكَلَامِ
تَبَرُّكًا بِذِكْرِهِ، وَسَهْمُ النَّبِيِّ ﷺ سَقَطَ بِمَوْتِهِ كَمَا سَقَطَ الصَّفِيُّ بِالْإِجْمَاعِ (لَأَنَّهُ ﷺ
كَانَ يَسْتَحِقُّهُ بِرِسَالَتِهِ) لِأَنَّ الْحُكْمَ مَتَى تَرْتَبَ عَلَى الْمُسْتَقْبَلِ فَيَكُونُ الْمُسْتَقْبَلُ مِنْهُ عِلَّةً (وَلَا
رَسُولَ بَعْدَهُ. وَالصَّفِيُّ شَيْءٌ كَانَ يَصْطَفِيهِ لِنَفْسِهِ ﷺ مِثْلَ دِرْعٍ أَوْ سَيْفٍ أَوْ جَارِيَةٍ)
اصْطَفَى ذَا الْفَقَارِ مِنْ غَنَائِمِ بَدْرٍ، وَاصْطَفَى صَفِيَّةً مِنْ غَنَائِمِ خَيْبَرَ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ
اللَّهُ عَنْهُ: يُصَرِّفُ سَهْمُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ إِلَى الْخَلِيفَةِ، وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا قَدَّمَاهُ) أَنَّهُ كَانَ
يَسْتَحِقُّهُ بِرِسَالَتِهِ (وَسَهْمُ ذَوِي الْقُرْبَى كَانُوا يَسْتَحِقُّونَهُ فِي زَمَنِ النَّبِيِّ ﷺ بِالنُّصْرَةِ لَمَّا
رَوَيْنَا) أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَعْطَاهُمْ لِلنُّصْرَةِ. لَا يُقَالُ: قَوْلُهُ وَسَهْمُ ذَوِي الْقُرْبَى وَقَعَ مُكْرَرًا
حُكْمًا وَتَعْلِيلًا.

لَأَنَّا نَقُولُ: مَا ذَكَرَهُ أَوَّلًا كَانَ فِي حَيْزِ الاسْتِدْلَالِ عَلَى الْقِسْمَةِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَسْهُمٍ،
وَهَذَا نُقَلُّ لِكَلَامِ صَاحِبِ الْقُدُورِيِّ. قَالَ: أَيُّ الْقُدُورِيِّ (وَبَعْدَهُ) أَيُّ بَعْدَ زَمَنِ عَلَيْهِ
الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ (بِالْفَقْرِ) قَالَ الْمُصَنِّفُ (وَهَذَا) أَيُّ اسْتِحْقَاقِهِمْ بِالْفَقْرِ (قَوْلُ الْكَرْخِيِّ:
وَقَالَ الطَّحَاوِيُّ سَهْمُ الْفَقِيرِ مِنْهُمْ سَاقِطٌ أَيْضًا لَمَّا رَوَيْنَا مِنَ الْإِجْمَاعِ) يَعْنِي قَوْلُهُ: وَلَنَا
أَنَّ الْخُلَفَاءَ الْأَرْبَعَةَ الرَّاشِدِينَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ قَسَمُوهُ عَلَى ثَلَاثَةِ، وَلَا يُظَنُّ بِهِمْ أَنَّهُ خَفِيَ
عَلَيْهِمُ النَّصُّ أَوْ مَنَعُوا حَقَّ ذَوِي الْقُرْبَى فَكَانَ إِجْمَاعُهُمْ دَالًّا عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَبْقَ اسْتِحْقَاقٌ
لَاغْنِيَاءِهِمْ وَفُقَرَائِهِمْ. وَمَنَعَ الشَّافِعِيُّ ﷺ الْإِجْمَاعَ، وَسَنَدُهُ مَا رُوِيَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ مُحَمَّدٍ

بْنِ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ قَالَ: كَانَ رَأْيِي عَلِيٍّ فِي الْخُمْسِ رَأْيَ أَهْلِ بَيْتِهِ، وَلَكِنْ كَرِهَ أَنْ يُخَالَفَ أَبَا بَكْرٍ وَعُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا وَالْإِجْمَاعُ بِذَوْنِ أَهْلِ الْبَيْتِ لَا يَنْعَقِدُ.

وَقُلْنَا: لَا يَحِلُّ لِلْمُجْتَهِدِ أَنْ يَتْرَكَ رَأْيَ نَفْسِهِ بِرَأْيِ مُجْتَهِدٍ آخَرَ احْتِشَامًا لَهُ، فَإِنْ ثَبَتَ مَا رُوِيَ دَلَّ أَنَّهُ كَرِهَ الْمُخَالَفَةَ لِأَنَّهُ رَأَى الْحُجَّةَ مَعَهُمَا فَقَدْ خَالَفَهُمَا فِي كَثِيرٍ مِنَ الْمَسَائِلِ حِينَ ظَهَرَ الدَّلِيلُ عِنْدَهُ (قَوْلُهُ وَلَئِنْ فِيهِ) أَيُّ فِي سَهْمِ ذَوِي الْقُرْبَى (مَعْنَى الصَّدَقَةِ) لِأَنَّ الْهَاشِمِيَّ الَّذِي يُصْرَفُ إِلَيْهِ فَقِيرٌ، إِذَا لَوْ لَمْ يَكُنْ فَقِيرًا لَا يَجُوزُ صَرْفُهُ إِلَيْهِ بَعْدَ النَّبِيِّ ﷺ بِاتِّفَاقِ الرُّوَايَاتِ عَنْ أَصْحَابِنَا، فَلَمَّا كَانَ فِيهِ مَعْنَى الصَّدَقَةِ حُرْمَ ذَوُو الْقُرْبَى إِيَّاهُ كَمَا حُرِّمَ الْهَاشِمِيُّ الْعَامِلُ عَلَى الصَّدَقَةِ الْعِمَالَةَ وَهُوَ مَا يُعْطَى عَلَى عَمَلِهِ، وَقَدْ مَرَّ فِي بَابِ الزَّكَاةِ، وَهَذَا الدَّلِيلُ إِنْ كَانَ بِالنِّسْبَةِ إِلَى أَصْحَابِنَا فَهُوَ تَامٌ، وَإِنْ كَانَ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الشَّافِعِيِّ ﷺ فَلَيْسَ بِذَلِكَ، لِأَنَّ كَوْنَ الْمَصْرُوفِ فَقِيرًا لَيْسَ إِلَّا فِي حَيْزِ النَّزَاعِ عِنْدَهُ فَإِنَّهُ يُسَوِّي بَيْنَ الْغَنِيِّ وَالْفَقِيرِ (وَجْهُ الْأَوَّلِ) يَعْنِي قَوْلَ الْكَرْخِيِّ، وَقِيلَ هُوَ الْأَصَحُّ مَا رُوِيَ أَنَّ عُمَرَ ﷺ أَعْطَى الْفُقَرَاءَ مِنْهُمْ، وَالْإِجْمَاعُ انْعَقَدَ عَلَى سُقُوطِ حَقِّ الْأَغْنِيَاءِ يَعْنِي إِجْمَاعَ الْخُلَفَاءِ الْأَرْبَعَةِ الرَّاشِدِينَ كَمَا مَرَّ (أَمَّا فَقَرَاؤُهُمْ فَيَدْخُلُونَ فِي الْأَصْنَافِ الثَّلَاثَةِ) كَمَا تَقَدَّمَ فِي أَوَّلِ الْبَحْثِ، وَكَرَّرَ هَذِهِ الزِّيَادَةَ لِلِإِضْاحِ، وَإِنَّمَا قَالَ: وَقِيلَ هُوَ الْأَصَحُّ لِأَنَّ صَاحِبَ الْمَسْئُوطِ اخْتَارَ قَوْلَ أَبِي بَكْرٍ الرَّازِيِّ أَنَّ الْفُقَرَاءَ لَمْ يَكُونُوا مُسْتَحِقِّينَ، وَإِنَّمَا كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَصْرِفُ إِلَيْهِمْ مُجَازَاةً عَلَى النُّصْرَةِ الَّتِي كَانَتْ مِنْهُمْ، وَلَمْ يَبْقَ ذَلِكَ بَعْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَهُوَ مُخْتَارُ الْقُدُورِيِّ كَمَا أَشَارَ إِلَيْهِ قَوْلُهُ: وَسَهْمُ ذَوِي الْقُرْبَى كَانُوا يَسْتَحِقُّونَهُ فِي زَمَنِ النَّبِيِّ ﷺ بِالنُّصْرَةِ.

(وَإِذَا دَخَلَ الْوَاحِدُ أَوْ الْاِثْنَانِ دَارَ الْحَرْبِ مُغِيرِينَ بِغَيْرِ إِذْنِ الْإِمَامِ فَآخَذُوا شَيْئًا لَمْ يُخْمَسْ) لِأَنَّ الْغَنِيمَةَ هُوَ الْمَأْخُودُ قَهْرًا وَغَلْبَةً لَا اخْتِلَاسًا وَسَرِقَةً، وَالْخُمْسُ وَطِيفَتُهَا، وَلَوْ دَخَلَ الْوَاحِدُ أَوْ الْاِثْنَانِ بِإِذْنِ الْإِمَامِ فَفِيهِ رَوَايَتَانِ، وَالمَشْهُورُ أَنَّهُ يُخْمَسُ لِأَنَّهُ لَمَّا أَذِنَ لَهُمُ الْإِمَامُ فَقَدْ التَزَمَ نُصْرَتَهُمْ بِالْإِمْدَادِ فَصَارَ كَالْمَنْعَةِ (فَإِنْ دَخَلَتْ جَمَاعَةٌ لَهَا مَنَعَةٌ فَآخَذُوا شَيْئًا خُمْسَ وَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ لَهُمُ الْإِمَامُ) لِأَنَّهُ مَأْخُودٌ قَهْرًا وَغَلْبَةً فَكَانَ غَنِيمَةً، وَلَئِنْ يَجِبُ عَلَى الْإِمَامِ أَنْ يَنْصُرَهُمْ إِذَا لَوْ خَدَلْتَهُمْ كَانَ فِيهِ وَهْنُ الْمُسْلِمِينَ، بِخِلَافِ الْوَاحِدِ وَالْاِثْنَيْنِ، لِأَنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ نُصْرَتُهُمْ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا دَخَلَ الْوَاحِدُ أَوْ الْاِثْنَانِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَالْمَشْهُورُ أَنَّهُ يُخَمْسُ) ظَاهِرٌ. وَوَجْهُ الرُّوَايَةِ الْأُخْرَى أَنَّ الْعَدَدَ الْيَسِيرَ إِنَّمَا يَدْخُلُونَ لِاحْتِسَابِ الْمَالِ لَا لِإِعْرَازِ الدِّينِ، فَصَارَ كِتَابُ جَرِّ لَا يَقْدَرُ عَلَى الْقَهْرِ وَالْغَلْبَةِ. فَإِنْ قُلْتُ: قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ﴾ [الأنفال: ٤١] مُطْلَقٌ فَيَجِبُ الْخُمْسُ وَجِدَ الْإِذْنُ أَوْ لَمْ يُوجَدْ. أَجِيبُ بِأَنَّ الْغَنِيمَةَ اسْمٌ لِمَا هُوَ الْمَأْخُوذُ قَهْرًا وَغَلْبَةً وَمَا أَخَذَهُ اللَّصُّ سَرِقَةً وَمَا أَخَذَهُ الْوَاحِدُ وَالْاِثْنَانِ خَلْسَةً فَلَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْغَنِيمَةِ.

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ دَخَلَ جَمَاعَةٌ لَهَا مَنَعَةٌ) الْمَنَعَةُ السَّرِيَّةُ. نَقَلَ النَّاطِقِيُّ عَنْ كِتَابِ الْخَرَاجِ لِابْنِ شُجَاعٍ: كَانَ أَبُو حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يَقُولُ: إِذَا دَخَلَ الرَّجُلُ وَحْدَهُ فَعَنِمَ وَلَا عَسْكَرَ فِي أَرْضِ الْحَرْبِ لِلْمُسْلِمِينَ لَا يُخَمْسُ مَا أَخَذَهُ حَتَّى يَصِيرُوا تَسْعَةً، فَإِذَا بَلَّغُوا ذَلِكَ فَهُمْ سَرِيَّةٌ (قَوْلُهُ إِذَا لَوْ خَذَلَهُمْ) أَيِ تَرَكَ عَوْنَهُمْ (كَانَ فِيهِ وَهْنُ الْمُسْلِمِينَ) أَيِ ضَعْفُهُمْ.

فصل في التنفيل

قَالَ (وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يُنْفَلَ الْإِمَامُ فِي حَالِ الْقِتَالِ وَيُحْرَضَ بِهِ عَلَى الْقِتَالِ فَيَقُولُ " مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا فَلَهُ سَلْبُهُ " ^(١) وَيَقُولُ لِلْسَّرِيَّةِ قَدْ جَعَلْتُ لَكُمْ الرَّبْعَ بَعْدَ الْخُمْسِ) مَعْنَاهُ بَعْدَمَا رَفَعَ الْخُمْسَ لِأَنَّ التَّحْرِيزَ مَدْنُوبٌ إِلَيْهِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿يَتَأَيَّهَا النَّبِيُّ حَرِّضَ الْمُؤْمِنِينَ عَلَى الْقِتَالِ﴾ [الأنفال: ٦٥] وَهَذَا نَوْعٌ تَحْرِيزٍ، ثُمَّ قَدْ يَكُونُ التَّنْفِيلُ بِمَا ذَكَرَ وَقَدْ يَكُونُ بغيرِهِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَنْبَغِي لِلْإِمَامِ أَنْ يُنْفَلَ بِكُلِّ الْمَأْخُوذِ لِأَنَّهُ فِيهِ إِبْطَالُ حَقِّ الْكُلِّ، فَإِنْ فَعَلَهُ مَعَ السَّرِيَّةِ جَازَ؛ لِأَنَّ التَّصَرُّفَ إِلَيْهِ وَقَدْ يَكُونُ الْمَصْلَحَةُ فِيهِ (وَلَا يُنْفَلَ بَعْدَ إِحْرَازِ الْغَنِيمَةِ بِدَارِ الْإِسْلَامِ) لِأَنَّ حَقَّ الْغَيْرِ قَدْ تَأَكَّدَ فِيهِ بِالْإِحْرَازِ. قَالَ (إِلَّا مِنَ الْخُمْسِ) لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لِلْغَانِمِينَ فِي الْخُمْسِ (وَإِذَا لَمْ يَجْعَلِ السَّلْبَ لِلْقَاتِلِ فَهُوَ مِنْ جُمْلَةِ الْغَنِيمَةِ، وَالْقَاتِلُ وَغَيْرُهُ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ).

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: السَّلْبُ لِلْقَاتِلِ إِذَا كَانَ مِنْ أَهْلِ أَنْ يُسَهَمَ لَهُ وَقَدْ قَتَلَهُ مُقْبِلًا لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا فَلَهُ سَلْبُهُ» وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ نَصَبُ شَرْعٍ لِأَنَّهُ بَعَثَهُ

(١) أخرجه البخاري في الخمس باب ١٨، ومسلم في الجهاد (٤٢)، وانظر نصب الراية

لَهُ، وَلَأَنَّ الْقَاتِلَ مُقْبِلًا أَكْثَرَ غِنَاءً فَيَخْتَصُّ بِسَلْبِهِ إِظْهَارًا لِلتَّفَاوُتِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ. وَلَنَّا أَنَّهُ مَاخُذٌ بِقُوَّةِ الْجَيْشِ فَيَكُونُ غَنِيمَةً فَيُقَسَّمُ الْغَنَائِمُ كَمَا نَطَقَ بِهِ النَّصُّ. وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِحَبِيبِ بْنِ أَبِي سَلَمَةَ: «لَيْسَ لَكَ مِنْ سَلْبِ قَتِيلِكَ إِلَّا مَا طَابَتْ بِهِ نَفْسُ إِمَامِكَ»^(١) مَا رَوَاهُ يَحْتَمِلُ نَصَبَ الشَّرْعِ وَيَحْتَمِلُ التَّنْفِيلَ فَتَحْمِلُهُ عَلَى الثَّانِي لَمَّا رَوَيْنَاهُ. وَزِيَادَةُ الْغِنَاءِ لَا تُعْتَبَرُ فِي جِنْسٍ وَاحِدٍ كَمَا ذَكَرْنَاهُ.

الشرح:

(فَصْلٌ فِي التَّنْفِيلِ): التَّنْفِيلُ نَوْعٌ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي الْغَنَائِمِ، فَفَصِّلْ عَمَّا قَبْلَهُ بِفَصْلِ، يُقَالُ نَفَلَ الْإِمَامُ الْغَازِي. أَيْ أَعْطَاهُ زَائِدًا عَلَى سَهْمِهِ بِقَوْلِهِ: «مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا فَلَهُ سَلْبُهُ» (قَوْلُهُ لَا بَأْسَ بَأَن يَنْفُلَ الْإِمَامُ) يَذُلُّ عَلَى أَنَّ قَوْلَ مَنْ قَالَ: كَلِمَةً لَا بَأْسَ تُسْتَعْمَلُ فِيمَا يَكُونُ تَرْكُهُ أَوْلَى لَيْسَ بِمُجَرَّى عَلَى عُمُومِهِ، فَإِنَّ التَّنْفِيلَ قَبْلَ إِحْرَازِ الْغَنِيمَةِ مُسْتَحَبٌّ لِأَنَّهُ تَخْرِیضٌ وَالتَّخْرِیضُ مَنْدُوبٌ إِلَيْهِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿يَتَأَيُّهَا النَّبِيُّ حَرِّضَ الْمُؤْمِنِينَ عَلَى الْقِتَالِ﴾ [الأنفال: ٦٥] فَإِنْ قِيلَ: الْأَمْرُ الْمَطْلُوقُ لِلْجُوبِ فَمَا الصَّارِفُ عَنْهُ إِلَى الِاسْتِحْبَابِ؟ فَالْجَوَابُ أَنَّهُ يُعَارِضُهُ دَلِيلُ قِسْمَةِ الْغَنَائِمِ فَانْصَرَفَ إِلَى الِاسْتِحْبَابِ (قَوْلُهُ مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا) تَسْمِيَةُ الشَّيْءِ بِاسْمِ مَا يُقُولُ إِلَيْهِ قَوْلُهُ ثُمَّ قَدْ يَكُونُ التَّنْفِيلُ بِمَا ذُكِرَ) يَعْنِي التَّنْفِيلُ بِالسَّلْبِ (وَقَدْ يَكُونُ بغيره) نَحْوَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ «لَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَفَلَ ابْنُ مَسْعُودٍ يَوْمَ بَدْرٍ بِسَيْفِ أَبِي جَهْلٍ وَكَانَ عَلَيْهِ فِضَّةٌ» (وَلَا يَنْبَغِي لِلْإِمَامِ أَنْ يَنْفُلَ بِكُلِّ الْمَأْخُوذِ لِأَنَّ فِيهِ إِبْطَالَ حَقِّ الْكُلِّ، وَإِنْ فَعَلَهُ مَعَ السَّرِيَّةِ جَازَ) لَمَّا ذُكِرَ فِي السَّيْرِ الْكَبِيرِ: إِذَا قَالَ الْإِمَامُ لِلْعَسْكَرِ جَمِيعًا مَا أَصَبْتُمْ فَهُوَ لَكُمْ تَفْلًا بِالسُّوِيَّةِ بَعْدَ الْخُمْسِ لَا يَجُوزُ، لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ التَّنْفِيلِ التَّخْرِیضُ عَلَى الْقِتَالِ، وَإِنَّمَا يَحْصُلُ ذَلِكَ إِذَا خَصَّ الْبَعْضُ بِالتَّنْفِيلِ، وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ مَا أَصَبْتُمْ فَهُوَ لَكُمْ، وَلَمْ يَقُلْ بَعْدَ الْخُمْسِ لِأَنَّ فِيهِ إِبْطَالَ الْخُمْسِ الَّذِي أَوْجَبَهُ اللَّهُ تَعَالَى فِي الْغَنِيمَةِ وَإِبْطَالَ حَقِّ ضَعْفَاءِ الْمُسْلِمِينَ وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ: وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ لَا حَقَّ لِلْغَنَائِمِينَ فِي الْخُمْسِ) فِيهِ نَظَرٌ، فَإِنَّهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ إِبْطَالَ حَقِّ الْغَنَائِمِينَ فَفِيهِ إِبْطَالَ حَقِّ الْأَصْنَافِ وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ. وَأَجِيبَ بِأَنَّ

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٦٤٩/٣): وقع في الهداية حبيب بن أبي سلمة، وصوابه حبيب بن مسلمة، ورواه الطبراني في الكبير.

جَوَازُهُ بِاعْتِبَارِ أَنَّ الْمُنْفَلَ لَهُ جُعِلَ وَاحِدًا مِنَ الْأَصْنَافِ الثَّلَاثَةِ فَلَمْ يَكُنْ ثَمَّةُ إِبْطَالِ حَقِّهِمْ إِذْ يَجُوزُ صَرْفُ الْخُمْسِ عَلَى أَحَدِ الْأَصْنَافِ لَمَّا تَقَدَّمَ أَنَّهُمْ مَصَارِفُ لَا مُسْتَحِقُونَ، لَكِنْ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْمُنْفَلَ لَهُ الَّذِي جُعِلَ وَاحِدًا مِنَ الْأَصْنَافِ الثَّلَاثَةِ فَقِيرًا لِأَنَّ الْخُمْسَ حَقُّ الْمُحْتَاجِينَ لَا حَقُّ الْأَغْنِيَاءِ فَجَعَلُهُ لِلْغَنِيِّ إِبْطَالُ حَقِّ الْمُحْتَاجِينَ.

وَقَوْلُهُ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَمَا رَوَاهُ يَحْتَمِلُ نَصَبَ الشَّرِّ وَيَحْتَمِلُ التَّنْفِيلَ) قِيلَ وَهُوَ الظَّاهِرُ لِأَنَّ مِثْلَ ذَلِكَ إِنَّمَا يَكُونُ نَصَبَ الشَّرِّ إِذَا قَالَ بِالْمَدِينَةِ فِي مَسْجِدِهِ وَلَمْ يُنْقَلْ عَنْهُ ذَلِكَ إِلَّا يَوْمَ بَدْرٍ وَحَتَّى لِلْحَاجَةِ إِلَى التَّحْرِيزِ، وَكَمَا قَالَ ذَلِكَ يَوْمَ بَدْرٍ فَقَدْ قَالَ: «مَنْ أَخَذَ أَسِيرًا فَهُوَ لَهُ» ثُمَّ كَانَ ذَلِكَ مِنْهُ عَلَى وَجْهِ التَّنْفِيلِ فَكَذَلِكَ فِي السَّلْبِ (فِيَحْتَمِلُ عَلَى الثَّانِي) يَعْنِي عَلَى التَّنْفِيلِ (لَمَّا رَوَيْنَا) مِنْ حَدِيثِ حَبِيبِ بْنِ أَبِي سَلَمَةَ دَفْعًا لِلتَّعَارُضِ. وَقَوْلُهُ (وَزِيَادَةُ الْغَنَاءِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ لِأَنَّ الْقَاتِلَ مُقْبِلًا أَكْثَرُ غَنَاءً (قَوْلُهُ) كَمَا ذَكَرْنَاهُ) إِشَارَةٌ إِلَى مَا تَقَدَّمَ مِنْ قَوْلِهِ وَلِأَنَّهُ تَعَذَّرَ اعْتِبَارُ مِقْدَارِ الزِّيَادَةِ، أَوْ مِنْ قَوْلِهِ لِأَنَّ الْكَرَّ وَالْفَرَّ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ فِي فَصْلِ كَيْفِيَّةِ الْقِسْمَةِ .

(وَالسَّلْبُ مَا عَلَى الْمَقْتُولِ مِنْ ثِيَابِهِ وَسِلَاحِهِ وَمَرْكَبِهِ، وَكَذَا مَا كَانَ عَلَى مَرْكَبِهِ مِنَ السَّرِجِ وَالْأَلَتِ، وَكَذَا مَا مَعَهُ عَلَى الدَّابَّةِ مِنْ مَالِهِ فِي حَقِيقَتِهِ أَوْ عَلَى وَسَطِهِ وَمَا عَدَا ذَلِكَ فَلَيْسَ بِسَلْبٍ) وَمَا كَانَ مَعَ غَلَامِهِ عَلَى دَابَّةٍ أُخْرَى فَلَيْسَ بِسَلْبِهِ، ثُمَّ حُكِمَ التَّنْفِيلُ قَطَعَ حَقُّ الْبَاقِينَ، فَأَمَّا الْمَلِكُ فَإِنَّمَا يَثْبُتُ بَعْدَ الْإِحْرَارِ بِدَارِ الْإِسْلَامِ لَمَّا مَرَّ مِنْ قَبْلُ، حَتَّى لَوْ قَالَ الْإِمَامُ مَنْ أَصَابَ جَارِيَةً فَهِيَ لَهُ فَأَصَابَهَا مُسْلِمٌ وَاسْتَبْرَأَهَا لَمْ يَحِلَّ لَهُ وَطُؤُهَا، وَكَذَا لَا يَبِيعُهَا. وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَهُ أَنْ يَطَّأَهَا وَيَبِيعَهَا، لِأَنَّ التَّنْفِيلَ يَثْبُتُ بِهِ الْمَلِكُ عِنْدَهُ كَمَا يَثْبُتُ بِالْقِسْمَةِ فِي دَارِ الْحَرْبِ وَبِالْإِشْرَاءِ مِنَ الْحَرْبِ، وَوُجُوبُ الضَّمَانِ بِالْإِتْلَافِ قَدْ قِيلَ عَلَى هَذَا الْاِخْتِلَافِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

قَوْلُهُ لَمَّا مَرَّ مِنْ قَبْلُ) إِشَارَةٌ إِلَى مَا ذَكَرَهُ فِي بَابِ الْعَنَائِمِ وَقِسْمَتِهَا بِقَوْلِهِ وَلِأَنَّ الْاِسْتِيلَاءَ إِثْبَاتُ الْيَدِ الْخَافِظَةِ وَالْثَّافِلَةِ فَلَمَّا لَمْ يَثْبُتِ الْإِحْرَارُ بِدَارِ الْإِسْلَامِ لَمْ تَثْبُتِ الثَّافِلَةُ فَلَا يَثْبُتُ الْاِسْتِيلَاءُ، وَلَمَّا لَمْ يَثْبُتِ الْاِسْتِيلَاءُ لَمْ يَثْبُتِ الْمَلِكُ. وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ التَّنْفِيلَ يَثْبُتُ بِهِ الْمَلِكُ عِنْدَهُ) ذَلِيلُهُ أَنَّ الْمَدَدَ لَا يُشَارِكُوهُ فِيهَا (كَمَا يَثْبُتُ بِالْقِسْمَةِ فِي دَارِ الْحَرْبِ) وَهُوَ

لَيْسَ بِمُتَّفَقٍ عَلَيْهِ لِأَنَّ مِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ يَقُولُ قِسْمَةُ الْإِمَامِ لَا تَعْدُمُ الْمَانِعَ مِنْ تَمَامِ الْقَهْرِ وَهُوَ كَوْنُهُمْ مَقْهُورِينَ ذَارًا وَكَأَنَّهُ لَمْ يَعْتَبَرْ ذَلِكَ الْاِخْتِلَافَ لَعَدَمِ شُهْرَتِهِ. وَقَوْلُهُ (وَوُجُوبُ الضَّمَانِ) مُرَاعٍ عَلَى الْإِبْتِدَاءِ. وَقَوْلُهُ (قَدْ قِيلَ عَلَى هَذَا الْاِخْتِلَافِ) خَبَرُهُ. وَفِي بَعْضِ النَّسَخِ: وَقَدْ قِيلَ بِالْوَاوِ فَيَكُونُ مَعْطُوفًا عَلَى قَوْلِهِ الْمَلِكُ: أَيْ يَثْبُتُ الْمَلِكُ وَوُجُوبُ الضَّمَانِ لِلْمُنْفَلِّ لَهُ عَلَى مَنْ أَثْلَفَ مِنَ الْغُرَاةِ سَلْبَهُ الَّذِي أَصَابَهُ، وَالْأَوَّلُ أَوْلَى، وَإِنَّمَا ذَكَرَهُ دَفْعًا لَشُبْهَةِ تَرْدٍ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَيَبَيِّنُ ذَلِكَ أَنَّ مُحَمَّدًا ذَكَرَ فِي الزِّيَادَاتِ أَنَّ الْمُتْلَفَ لَسَلَبِ مَنْ نَفَلَهُ الْإِمَامُ يَضْمَنُ لِأَنَّ الْحَقَّ مُتَأَكِّدٌ وَلَمْ يَذْكُرْ فِيهِ الْخِلَافَ، فَوَرَدَ الضَّمَانُ شُبْهَةً عَلَيْهِمَا لِأَنَّ الضَّمَانَ دَلِيلُ تَمَامِ الْمَلِكِ فَيَنْبَغِي أَنْ يَحِلَّ الْوَطْءُ عَلَى مَذْهَبِهِمَا أَيْضًا بَعْدَ الْاسْتِبْرَاءِ، فَقَالَ فِي دَفْعِ ذَلِكَ إِنَّهُ أَيْضًا عَلَى الْاِخْتِلَافِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ يَضْمَنُ. وَعِنْدَهُمَا لَا يَضْمَنُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ اسْتِيلَاءِ الْكُفَّارِ

(وَإِذَا غَلَبَ الثَّرِكُ عَلَى الرُّومِ فَسَبَوْهُمْ وَأَخَذُوا أَمْوَالَهُمْ مَلَكُوهاً)؛ لِأَنَّ الْاِسْتِيلَاءَ قَدْ تَحَقَّقَ فِي مَالٍ مُبَاحٍ وَهُوَ السَّبْبُ عَلَى مَا ثُبِيَتْهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى (فَإِنْ غَلِبْنَا عَلَى الثَّرِكِ حَلَّ لَنَا مَا نَجِدُهُ مِنْ ذَلِكَ) اعْتِبَارًا بِسَائِرِ أَمْلاكِهِمْ.

الشرح:

(بَابُ اسْتِيلَاءِ الْكُفَّارِ): لَمَّا فَرَّغَ مِنْ بَيَانِ اسْتِيلَانِنَا عَلَى الْكُفَّارِ أَغْقَبَهُ بِذِكْرِ عَكْسِهِ لِاشْتِمَالِهِ عَلَى أَحْكَامٍ مُخْتَلِفَةٍ فَكَانَ خَلِيقًا بِتَبْوِيبِ بَابٍ لَهُ، وَافْتَتَحَ بِذِكْرِ اسْتِيلَاءِ الْكُفَّارِ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ كَرَاهَةً أَنْ يَفْتَتَحَ بِذِكْرِ غَلْبَةِ الْكُفَّارِ عَلَى الْمُسْلِمِينَ، وَالثَّرِكُ جَمْعُ الثَّرِكِيِّ، وَالرُّومُ جَمْعُ الرُّومِيِّ: أَيْ الرِّجَالُ الْمُنْسُوبُونَ إِلَى بِلَادِهِمْ، وَالْمَرَادُ بِهِ كُفَّارُ الثَّرِكِ وَنَصَارَى الرُّومِ، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (حَلَّ لَنَا مَا نَجِدُهُ مِنْ ذَلِكَ) أَيْ مِمَّا أَخَذَهُ الثَّرِكُ مِنْ أَهْلِ الرُّومِ لِأَنَّ الْمَأْخُوذَ صَارَ مِلْكًا لِلثَّرِكِ كَسَائِرِ أَمْوَالِهِمْ.

(وَإِذَا غَلِبُوا عَلَى أَمْوَالِنَا وَالْعِيَادُ بِاللَّهِ وَأَحْرَزُوها بِدَارِهِمْ مَلَكُوهاً) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَمْلِكُونَهَا؛ لِأَنَّ الْاِسْتِيلَاءَ مَحْظُورٌ ابْتِدَاءً وَانْتِهَاءً وَالْمَحْظُورُ لَا يَنْتَهِضُ سَبَبًا لِلْمَلِكِ عَلَى مَا عُرِفَ مِنْ قَاعِدَةِ الْخَصْمِ. وَلَنَا أَنَّ الْاِسْتِيلَاءَ وَرَدَ عَلَى مَالٍ مُبَاحٍ فَيَنْعَقِدُ سَبَبًا لِلْمَلِكِ دَفْعًا لِحَاجَةِ الْمُكَلَّفِ كَاسْتِيلَانِنَا عَلَى أَمْوَالِهِمْ، وَهَذَا لِأَنَّ الْعِصْمَةَ تَثْبُتُ عَلَى مُنَافَاةِ الدَّلِيلِ

ضُرُورَةٌ تَمَكِّنُ الْمَالِكِ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ، فَإِذَا زَالَتِ الْمُكْنَةُ عَادَ مُبَاحًا كَمَا كَانَ، غَيْرَ أَنَّ الْأَسْتِيلَاءَ لَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا بِالْإِحْرَازِ بِالْدَّارِ؛ لِأَنَّهُ عِبَارَةٌ عَنِ الْاِقْتِدَارِ عَلَى الْمَحَلِّ حَالًا وَمَالًا، وَالْمَحْظُورُ لغيرِهِ إِذَا صَلَحَ سَبَبًا لِكِرَامَةِ تَفُوقِ الْمَلِكِ وَهُوَ الثَّوَابُ الْأَجَلُ فَمَا ظَنُّكَ بِالْمَلِكِ الْعَاجِلِ؟

(فَإِنْ ظَهَرَ عَلَيْهَا الْمُسْلِمُونَ فَوَجَدَهَا الْمَالِكُونَ قَبْلَ الْقِسْمَةِ فَهِيَ لَهُمْ بِغَيْرِ شَيْءٍ، وَإِنْ وَجَدُوهَا بَعْدَ الْقِسْمَةِ أَخَذُوهَا بِالْقِيمَةِ إِنْ أَحْبَبُوا) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِيهِ: «إِنْ وَجَدْتَهُ قَبْلَ الْقِسْمَةِ فَهُوَ لَكَ بِغَيْرِ شَيْءٍ، وَإِنْ وَجَدْتَهُ بَعْدَ الْقِسْمَةِ فَهُوَ لَكَ بِالْقِيمَةِ»^(١) وَلَأنَّ الْمَالِكَ الْقَدِيمَ زَالَ مِلْكُهُ بِغَيْرِ رِضَاةٍ فَكَانَ لَهُ حَقُّ الْأَخْذِ نَظَرًا لَهُ، إِلَّا أَنْ فِي الْأَخْذِ بَعْدَ الْقِسْمَةِ ضَرَرًا بِالْمَأْخُوذِ مِنْهُ يَازِلَتِ مِلْكِهِ الْخَاصُّ فَيَأْخُذُهُ بِالْقِيمَةِ؛ لِيَعْتَدِلَ النَّظَرُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ، وَالشَّرِيكَهُ قَبْلَ الْقِسْمَةِ عَامَّةً فَيَقِلُّ الضَّرَرُ فَيَأْخُذُهُ بِغَيْرِ قِيمَةٍ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَأنَّ الْأَسْتِيلَاءَ مَحْظُورٌ ابْتِدَاءً) أَيُّ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ (وَأَنْتِهَاءً) أَيُّ فِي دَارِ الْحَرْبِ بَعْدَ الْإِحْرَازِ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا عُرِفَ مِنْ قَاعِدَةِ الْخَصْمِ) أَنَّ الْمَحْظُورَ وَلَوْ بَوَاحٍ لَا يَنْتَهِزُ سَبَبًا لِلْمَلِكِ كَمَا فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ؛ وَأَمَّا الْمَحْظُورُ مِنْ كُلِّ وَجْهِ بَأَنَّهُ يَكُونُ مَحْظُورًا بِأَصْلِهِ وَوَصْفِهِ كَمَا فِي الْبَيْعِ الْبَاطِلِ كَالْبَيْعِ بِالْيَتَةِ أَوْ الدِّمِّ فَإِنَّهُ لَا يُوجِبُ الْمَلِكُ بِالْإِتِّفَاقِ (وَلَنَا أَنَّ الْأَسْتِيلَاءَ وَرَدَّ عَلَى مَالٍ مُبَاحٍ) وَوُرُودُ الْأَسْتِيلَاءِ عَلَى مَالٍ مُبَاحٍ (يَنْعَقِدُ سَبَبًا لِلْمَلِكِ دَفْعًا لِحَاجَةِ الْمَكْلَفِ كَأَسْتِيلَانَا عَلَى أَمْوَالِهِمْ) وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ الْأَسْتِيلَاءَ وَرَدَّ عَلَى مَالٍ مُبَاحٍ، وَيَبَيِّنُهُ أَنَّ الْعِصْمَةَ فِي الْمَالِ لِكُلِّ مَنْ تَثَبُّتَ لَهُ مِنَ الْمُسْلِمِ وَالْكَافِرِ إِثْمًا تَثَبُّتُ عَلَى مُنَافَاةِ الدَّلِيلِ، فَإِنَّ الدَّلِيلَ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: ٢٩] يَفْتَضِي أَنَّ لَا يَكُونُ مَالٌ مَا مَعْصُومًا لِشَخْصٍ مَا، وَإِنَّمَا تَثَبُّتِ الْعِصْمَةُ (لِضُرُورَةِ تَمَكِّنِ الْمَالِكِ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ، فَإِذَا زَالَتِ الْمُكْنَةُ) بِالْأَسْتِيلَاءِ (عَادَ مُبَاحًا كَمَا كَانَ. غَيْرَ أَنَّ الْأَسْتِيلَاءَ لَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا بِالْإِحْرَازِ بِالْدَّارِ، لِأَنَّهُ) أَيُّ لِأَنَّ الْأَسْتِيلَاءَ (عِبَارَةٌ عَنِ الْاِقْتِدَارِ عَلَى الْمَحَلِّ حَالًا وَمَالًا) وَالْكَفَّارُ مَا دَامُوا فِي دَارِ الْإِسْلَامِ اقْتَدَرُوا عَلَى الْمَحَلِّ حَالًا، وَإِنَّمَا يَقْتَدِرُونَ عَلَيْهِ مَالًا بِالْإِحْرَازِ لِأَنَّهُمْ مَا دَامُوا فِي دَارِنَا فَهُمْ مَقْهُورُونَ بِالْدَّارِ، وَالْأَسْتِرْدَادُ بِالنُّصْرَةِ مُحْتَمَلٌ. وَقَوْلُهُ (وَالْمَحْظُورُ لغيرِهِ)

(١) أخرجه الدارقطني (٤/١١٤، ١١٥)، وانظر نصب الراية (٣/٦٥٢).

جَوَابٌ عَنْ قَوْلِ الْخَصْمِ إِنَّ الْاِسْتِیْلَاءَ مَحْظُورٌ. وَتَقْرِيرُهُ: سَلَمْنَا أَنَّهُ مَحْظُورٌ لَكِنَّهُ مَحْظُورٌ لغيرِهِ مُبَاحٌ فِي نَفْسِهِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا، وَالْمَحْظُورُ لغيرِهِ (إِذَا صَلَحَ سَبَبًا لِكِرَامَةِ تَفَوْقِ الْمَلِكِ) كَالصَّلَاةِ فِي الْأَرْضِ الْمُعْصُوبَةِ فَإِنَّهَا تَصْلُحُ سَبَبًا لِاسْتِحْقَاقِ أَعْلَى النِّعَمِ وَهُوَ الثَّوَابُ فِي الْآخِرَةِ، فَلَأَنْ تَصْلُحَ سَبَبًا لِلْمَلِكِ فِي الدُّنْيَا أَوَّلَى.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ ثَبَتَ الْمَلِكُ لِلْكَافِرِ بِالْاِسْتِیْلَاءِ عَلَى مَالِ الْمُسْلِمِ لَمَا ثَبَتَ وَلَايَةُ الْاِسْتِرْدَادِ لِلْمَالِكِ الْقَدِيمِ مِنَ الْغَازِي الَّذِي وَقَعَ فِي قِسْمَتِهِ أَوْ مِنَ الَّذِي اشْتَرَاهُ مِنْ أَهْلِ الْحَرْبِ بِدُونِ رِضَا الْغَازِي. أُجِيبَ بِأَنْ بَقَاءَ حَقِّ الْاِسْتِرْدَادِ لِحَقِّ الْمَالِكِ الْقَدِيمِ لَا يَدُلُّ عَلَى قِيَامِ الْمَلِكِ لِلْمَالِكِ الْقَدِيمِ، أَلَا تَرَى أَنَّ لِلْوَاهِبِ الرُّجُوعَ فِي الْهَبَةِ وَالْإِعَادَةَ إِلَى قَدِيمِ مِلْكِهِ بِدُونِ رِضَا الْمَوْهُوبِ لَهُ مَعَ زَوَالِ مِلْكِ الْوَاهِبِ فِي الْحَالِ، وَكَذَا الشَّفِيعُ يَأْخُذُ الدَّارَ مِنَ الْمُشْتَرِي بِحَقِّ الشَّفْعَةِ بِدُونِ رِضَا الْمُشْتَرِي مَعَ ثُبُوتِ الْمَلِكِ لَهُ. وَقَوْلُهُ (فَإِنْ ظَهَرَ عَلَيْهَا الْمُسْلِمُونَ) وَاضِحٌ.

(وَإِنْ دَخَلَ دَارَ الْحَرْبِ تَاجِرٌ فَاشْتَرَى ذَلِكَ وَأَخْرَجَهُ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ فَمَالِكُهُ الْأَوَّلُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِالْثَمَنِ الَّذِي اشْتَرَاهُ بِهِ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُ؛ لِأَنَّهُ يَتَضَرَّرُ بِالْأَخْذِ مَجَانًا؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ قَدْ دَفَعَ الْعَوَضَ بِمُقَابَلَتِهِ فَكَانَ اعْتِدَالُ النَّظَرِ فِيمَا قُلْنَا، وَلَوْ اشْتَرَاهُ بِعَرَضٍ يَأْخُذُهُ بِقِيَمَةِ الْعَرَضِ، وَلَوْ وَهَبُوهُ لِمُسْلِمٍ يَأْخُذُهُ بِقِيَمَتِهِ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ لَهُ مِلْكٌ خَاصٌّ فَلَا يُزَالُ إِلَّا بِالْقِيَمَةِ، وَلَوْ كَانَ مَغْنُومًا وَهُوَ مِثْلِي يَأْخُذُهُ قَبْلَ الْقِسْمَةِ وَلَا يَأْخُذُهُ بَعْدَهَا؛ لِأَنَّ الْأَخْذَ بِالْمِثْلِ غَيْرُ مُفِيدٍ، وَكَذَا إِذَا كَانَ مَوْهُوبًا لَا يَأْخُذُهُ لَمَّا بَيَّنَّا. وَكَذَا إِذَا كَانَ مُشْتَرَى بِمِثْلِهِ قَدْرًا وَوَصَفًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ ثَبَتَ لَهُ مِلْكٌ خَاصٌّ فَلَا يُزَالُ إِلَّا بِالْقِيَمَةِ) قِيلَ عَلَيْهِ بِأَنَّ الْمَلِكَ ثَبَتَ لِلْمَوْهُوبِ لَهُ مَجَانًا فَلَا يَتَضَرَّرُ بِالْأَخْذِ مِنْهُ مَجَانًا، بِخِلَافِ مَا ثَبَتَ لِأَخْذِ الْغَزَاةِ بِالْقِسْمَةِ لِأَنَّ هَذَا الْحَقَّ إِنَّمَا تَعَيَّنَ لَهُ بِإِزَاءِ مَا انْقَطَعَ مِنْ حَقِّهِ عَمَّا فِي أَيْدِي الْبَاقِينَ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْمَلِكَ هَاهُنَا أَيْضًا ثَبَتَ بِالْعَوَضِ مَعْنَى لَمَّا أَنَّ الْمُكَافَأَةَ مَقْصُودَةً فِي الْهَبَةِ وَإِنْ لَمْ تَكُنْ مَشْرُوطَةً فَجُعِلَ ذَلِكَ مُعْتَبَرًا فِي إِنْثَابِ حَقِّهِ فِي الْقِيَمَةِ وَقَوْلُهُ (وَلَوْ كَانَ مَغْنُومًا) يَعْنِي لَوْ كَانَ مَا أَخَذَهُ الْكُفَّارُ مِنَ الْمُسْلِمِينَ مَغْنُومًا: أَيُّ مَا أُخِذَ بِالْقَهْرِ

وَالْعَلَبَةِ (وَهُوَ مِثْلِي) كَالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَالْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ (يَأْخُذُهُ قَبْلَ الْقِسْمَةِ) وَلَا يَأْخُذُهُ بَعْدَهَا (لَأَنَّ الْأَخْذَ بِالْمِثْلِ غَيْرُ مُفِيدٍ، وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ مَوْهُوبًا لَا يَأْخُذُهُ لَمَّا يَتَّاهُ) أَنَّ الْأَخْذَ بِالْمِثْلِ غَيْرُ مُفِيدٍ (وَكَذَا إِذَا كَانَ مُشْتَرًى بِمِثْلِهِ قَدْرًا وَوَصْفًا) يَعْنِي إِذَا كَانَ مَا أَخَذَهُ الْكُفَّارُ مِنَ الْمُسْلِمِينَ مِثْلًا فَاشْتَرَاهُ مِنْ مُسْلِمٍ بِمِثْلِهِ قَدْرًا وَوَصْفًا ثُمَّ جَاءَ صَاحِبُهُ الْقَدِيمُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ مِنْهُ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُفِيدٍ، وَإِنَّمَا قِيْدُ بَقَوْلِهِ قَدْرًا وَوَصْفًا احْتِرَازًا عَمَّا لَوْ اشْتَرَاهُ الْمُسْلِمُ بِأَقْلٍ قَدْرًا مِنْهُ أَوْ بِجِنْسٍ آخَرَ أَوْ بِجِنْسِهِ وَلَكِنَّهُ أَرَادَ مِنْهُ وَصْفًا فَإِنَّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ بِمِثْلِ مَا أَعْطَاهُ الْمُشْتَرِي وَلَا يَكُونُ ذَلِكَ رَبًّا لِأَنَّهُ إِنَّمَا فَدَى لَيْسَتْخْلَصَ مِلْكُهُ وَيُعِيدُهُ إِلَى قَدِيمِ مِلْكِهِ لَا أَنَّهُ يَشْتَرِيهِ ابْتِدَاءً.

قَالَ: (فَإِنْ أَسْرَوْا عَبْدًا فَاشْتَرَاهُ رَجُلٌ وَأَخْرَجَهُ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ فَفَقِئَتْ عَيْنُهُ وَأَخَذَ أَرْضَهَا فَإِنَّ الْمَوْلَى يَأْخُذُهُ بِالثَّمَنِ الَّذِي أَخَذَ بِهِ مِنَ الْعَدُوِّ) أَمَّا الْأَخْذُ بِالثَّمَنِ فَلَمَّا قُلْنَا (وَلَا يَأْخُذُ الْأَرْضَ)؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ فِيهِ صَحِيحٌ، فَلَوْ أَخَذَهُ أَخَذَهُ بِمِثْلِهِ وَهُوَ لَا يُفِيدُ وَلَا يُحْطُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ؛ لِأَنَّ الْأَوْصَافَ لَا يُقَابِلُهَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ، بِخِلَافِ الشُّفْعَةِ؛ لِأَنَّ الصَّفْقَةَ لَمَّا تَحَوَّلَتْ إِلَى الشُّفْعِ صَارَ الْمُشْتَرَى فِي يَدِ الْمُشْتَرِي بِمَنْزِلَةِ الْمُشْتَرَى شِرَاءً فَاسِدًا، وَالْأَوْصَافَ تُضْمَنُ فِيهِ كَمَا فِي الْغَصْبِ، أَمَّا هَاهُنَا الْمَلِكُ صَحِيحٌ فَافْتَرَقَا.

الشرح:

قَالَ (فَإِنْ أَسْرَوْا عَبْدًا) إِذَا أَخَذَ الْكُفَّارُ عَبْدًا وَدَخَلُوا بِهِ دَارَ الْحَرْبِ (فَاشْتَرَاهُ رَجُلٌ وَأَخْرَجَهُ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ فَفَقِئَتْ عَيْنُهُ وَأَخَذَ أَرْضَهَا فَإِنَّ الْمَوْلَى يَأْخُذُهُ بِالثَّمَنِ الَّذِي أَخَذَ بِهِ مِنَ الْعَدُوِّ، أَمَّا الْأَخْذُ بِالثَّمَنِ فَلَمَّا قُلْنَا) إِنَّ الْمُشْتَرِي يَتَضَرَّرُ بِالْأَخْذِ مَجَانًا (وَلَا يَأْخُذُ الْأَرْضَ لِأَنَّ الْمَلِكَ فِي صَحِيحٍ) فَكَانَ الْأَرْضُ حَاصِلًا فِي مِلْكِهِ وَلَيْسَ فِيهِ الْإِعَادَةُ إِلَى قَدِيمِ الْمَلِكِ حَتَّى يَكُونَ الْمَوْلَى أَحَقَّ بِهِ كَالرَّقَبَةِ، وَمَعَ هَذَا لَوْ أَخَذَهُ فَإِنَّمَا يَأْخُذُهُ بِمِثْلِهِ لِأَنَّ الْأَرْضَ دَرَاهِمُ أَوْ دَنَانِيرُ وَهُوَ لَا يُفِيدُ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ الْمَلِكَ فِيهِ صَحِيحٌ) احْتِرَازٌ عَنِ الْمُشْتَرِي شِرَاءً فَاسِدًا، فَإِنَّ الْأَوْصَافَ هُنَاكَ مَضْمُونَةٌ (وَلَا يُحْطُ شَيْئًا مِنَ الثَّمَنِ لِأَنَّ الْأَوْصَافَ لَا يُقَابِلُهَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ).

وَأَسْتَشْكِلُ هَذَا التَّعْلِيلَ هَاهُنَا لِأَنَّ الْأَوْصَافَ إِنَّمَا لَا يُقَابِلُهَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ إِذَا لَمْ يَصِرَ التَّنَاوُلُ مَقْصُودًا، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ اشْتَرَى عَبْدًا فَفَقِئَتْ عَيْنُهُ وَأَخَذَ الْأَرْضَ ثُمَّ قَصَدَ

بِيعَهُ مُرَابِحَةً فَإِنَّهُ يُحِطُّ مِنَ الثَّمَنِ مَا يَخْصُ الْعَيْنَ لَهَا صَارَتْ مَقْصُودَةً بِالتَّائُلِ،
 بِخِلَافِ مَا إِذَا عَوَّرَتْ. وَأَجَابَ بَعْضُهُمْ بِأَنَّهُ إِنَّمَا يُحِطُّ فِي الْمُرَابِحَةِ لِلشُّبْهَةِ لِأَنَّهُ صَارَ
 كَأَنَّهُ اشْتَرَى شَيْئَيْنِ بِأَلْفٍ ثُمَّ بَاعَ أَحَدَهُمَا بِذَلِكَ الثَّمَنِ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُ الْآخَرِ
 مُرَابِحَةً لَمَّا أَنَّ الشُّبْهَةَ مُلْحَقَةٌ بِالْحَقِيقَةِ فِي بَابِ الْمُرَابِحَةِ تَحَرُّراً عَنْ شُبْهَةِ الْحَيَاةِ، وَلَا
 كَذَلِكَ هَاهُنَا لِأَنَّهُ لَا اعْتِبَارَ لِلشُّبْهَةِ فِيهِ، بِخِلَافِ الشُّفْعَةِ فَإِنَّ الْأَوْصَافَ يُقَابِلُهَا شَيْءٌ مِنَ
 الثَّمَنِ فِيهَا، حَتَّى لَوْ اسْتَهْلَكَ الْمُشْتَرِي شَيْئًا مِنَ الدَّارِ سَقَطَ حِصَّتُهُ مِنَ الثَّمَنِ لِأَنَّ
 الْمُشْتَرِي فِي الَّذِي وَجَبَتْ الشُّفْعَةُ فِيهِ بِمَنْزِلَةِ شِرَاءِ الْمُشْتَرِي شِرَاءً فَاسِداً مِنْ حَيْثُ إِنَّ
 كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَاجِبُ الرَّدِّ، وَالْأَوْصَافُ تُضْمَنُ فِي الْمُشْتَرِي شِرَاءً فَاسِداً كَمَا فِي
 الْعَصَبِ، فَإِنَّ مَنْ غَضِبَ جَارِيَةً فَذَهَبَتْ إِحْدَى عَيْنَيْهَا ضَمِنَ نِصْفَ قِيمَتِهَا. فَإِنْ قِيلَ:
 شِرَاءُ التَّاجِرِ هَاهُنَا بِمَنْزِلَةِ الْمُشْتَرِي شِرَاءً فَاسِداً فِي الْمَعْنَى الْمَذْكُورِ وَهُوَ جُوبُ الرَّدِّ.
 أَجِيبَ بِأَنَّ إِلْحَاقَ مَسْأَلَةِ الشُّفْعَةِ بِالْمُشْتَرِي شِرَاءً فَاسِداً مِنْ حَيْثُ وَجُوبُ الرَّدِّ إِلَى
 الشَّفِيعِ، وَمِنْ حَيْثُ وَجُوبُ عَرْضِ الْبَائِعِ الدَّارَ عَلَى الْجَارِ أَوَّلًا، ثُمَّ الْبَيْعُ إِنْ رَغِبَ عَنْهُ
 الْجَارُ فَإِذَا لَمْ يَفْعَلْ ذَلِكَ صَارَ ذَلِكَ مَكْرُوهًا فَصَارَ كَتَمَكُنِ الْفَسَادِ فِي الْعَقْدِ، وَلَا
 كَذَلِكَ بَيْعُ الْكَافِرِ مِنَ التَّاجِرِ فَإِنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْعَرْضُ عَلَى الْمَالِكِ.

قِيلَ فِي مَسْأَلَةِ الشُّفْعَةِ أَيْضًا إِذَا كَانَ هَلَاكُ بَعْضِ الْمُشْتَرِي بَاقَةً سَمَائِيَّةً لَا يُقَابِلُ
 الْأَوْصَافَ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ فَلَمْ تَكُنْ مُخَالَفَةً لِمَسْأَلَةِ التَّاجِرِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهَا مُخَالَفَةٌ فِي
 صُورَةِ الْعَمْدِ، فَإِنَّ التَّاجِرَ إِذَا فَقَّأَ عَيْنَ الْجَارِيَةِ لَا يَلْزِمُهُ حِطُّ شَيْءٍ مِنَ الثَّمَنِ، بِخِلَافِ مَا
 إِذَا اسْتَهْلَكَ الْمُشْتَرِي بَعْضَ الْأَشْجَارِ فِي الشُّفْعَةِ فَإِنَّهُ يُحِطُّ حِصَّتُهُ مِنَ الثَّمَنِ.

(وَأِنْ أَسْرَوْا عَبْدًا فَاشْتَرَاهُ رَجُلٌ بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ فَاسْرُوهُ ثَانِيًا وَأَدْخَلُوهُ دَارَ الْحَرْبِ
 فَاشْتَرَاهُ رَجُلٌ آخَرُ بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ فَلَيْسَ لِلْمَوْلَى الْأَوَّلِ أَنْ يَأْخُذَهُ مِنَ الثَّانِي بِالثَّمَنِ؛ لِأَنَّ
 الْأَسْرَ مَا وَرَدَ عَلَى مِلْكِهِ (وَلِلْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ أَنْ يَأْخُذَهُ مِنَ الثَّانِي بِالثَّمَنِ)؛ لِأَنَّ الْأَسْرَ وَرَدَ
 عَلَى مِلْكِهِ (ثُمَّ يَأْخُذُهُ الْمَالِكُ الْقَدِيمُ بِالْفَيْنِ إِنْ شَاءَ)؛ لِأَنَّهُ قَامَ عَلَيْهِ بِالثَّمَنِ فَيَأْخُذُهُ بِهِمَا،
 وَكَذَا إِذَا كَانَ الْمَأْسُورُ مِنْهُ الثَّانِي غَائِبًا لَيْسَ لِلأَوَّلِ أَنْ يَأْخُذَهُ اعْتِبَارًا بِحَالِ حَضَرَتِهِ (وَلَا
 يَمْلِكُ عَلَيْنَا أَهْلُ الْحَرْبِ بِالْغَلْبَةِ مُدَبِّرِينَ وَأُمَهَاتٍ أَوْلَادِنَا وَمُكَاتِبِينَ وَأَحْرَارَنَا وَنَمْلِكُ
 عَلَيْهِمْ جَمِيعَ ذَلِكَ)؛ لِأَنَّ السَّبَبَ إِنَّمَا يُفِيدُ الْمَلِكَ فِي مَحَلِّهِ، وَالْمَحَلُّ الْمَالُ الْمُبَاحُ، وَالْحُرُّ

مَعْصُومٌ بِنَفْسِهِ، وَكَذَا مَنْ سِوَاهُ؛ لِأَنَّهُ تَثَبَّتُ الْحُرِّيَّةُ فِيهِ مِنْ وَجْهِ، بِخِلَافِ رِقَابِهِمْ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ أَسْقَطَ عِصْمَتَهُمْ جَزَاءً عَلَى جِنَايَتِهِمْ وَجَعَلَهُمْ أَرْقَاءً وَلَا جِنَايَةَ مِنْ هَؤُلَاءِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ أَسْرَوْا عَبْدًا) صُورَتُهُ ظَاهِرَةٌ. وَاعْتَرِضَ عَلَى قَوْلِهِ وَلِلْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ أَنْ يَأْخُذَهُ مِنَ الثَّانِي بِالثَّمَنِ بَأَنَّا لَوْ أَثْبَتْنَا حَقَّ الْأَخْذِ لِلَّذِي اشْتَرَاهُ مِنَ الْعَدُوِّ أَوَّلًا تَضَرَّرَ الْمَالِكُ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَأْخُذُهُ بِالثَّمَنِ. وَأُجِيبَ بِأَنْ رِعَايَةَ حَقِّ مَنْ اشْتَرَاهُ مِنَ الْعَدُوِّ أَوَّلًا أَوْلَى، لِأَنَّ حَقَّهُ يَعُودُ فِي الْأَلْفِ الَّتِي نَقَدَهَا بِلا عَوْضٍ يُقَابِلُهَا، وَالْمَالِكُ الْقَدِيمُ يَلْحَقُهُ الضَّرَرُ وَلَكِنْ بَعُوضٌ يُقَابِلُهُ وَهُوَ الْعَبْدُ، فَكَانَ مَا قُلْنَاهُ أَوْلَى وَقَوْلُهُ (وَكَذَا مَنْ سِوَاهُ) أَيُّ مَنْ سِوَى الْحُرِّ. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ رِقَابِهِمْ) أَيُّ رِقَابِ أَحْرَارِ الْكُفَّارِ وَمُدَبِّرِيهِمْ وَأُمَهَّاتِ أَوْلَادِهِمْ. وَقَوْلُهُ (وَلَا جِنَايَةَ مِنْ هَؤُلَاءِ) أَيُّ مَنْ مُدَبِّرِينَ وَأُمَهَّاتِ أَوْلَادِنَا وَمُكَاتِبِينَ وَأَحْرَارِنَا فَلَا يَمْلِكُهُمُ الْكُفَّارُ وَإِنْ اسْتَوْلَوْا عَلَيْهِمْ، وَإِذَا لَمْ يَمْلِكُهُمُ الْكُفَّارُ لَمْ يَمْلِكُهُمُ الْعُرَاةُ أَيْضًا، حَتَّى لَوْ كَانَ أَخَذَهُمْ أَهْلُ دَارِ الْحَرْبِ مِنْ دَارِ الْإِسْلَامِ ثُمَّ ظَهَرَ عَلَيْهِمْ فَهُمْ لِمَالِكِهِمْ قَبْلَ الْقِسْمَةِ وَبَعْدَهَا بِغَيْرِ شَيْءٍ.

(وَإِذَا أَبَقَ عَبْدٌ مُسْلِمٌ فَدَخَلَ إِلَيْهِمْ فَأَخَذُوهُ لَمْ يَمْلِكُوهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا يَمْلِكُونَهُ)؛ لِأَنَّ الْعِصْمَةَ لِحَقِّ الْمَالِكِ لِقِيَامِ يَدِهِ وَقَدْ زَالَتْ، وَلِهَذَا لَوْ أَخَذُوهُ مِنْ دَارِ الْإِسْلَامِ مَلَكُوهُ. وَلَهُ أَنَّهُ ظَهَرَتْ يَدُهُ عَلَى نَفْسِهِ بِالْخُرُوجِ مِنْ دَارِنَا؛ لِأَنَّ سَقُوطَ اعْتِبَارِهِ لِتَحَقُّقِ يَدِ الْمَوْلَى عَلَيْهِ تَمَكُّينًا لَهُ مِنَ الْاِنْتِفَاعِ وَقَدْ زَالَتْ يَدُ الْمَوْلَى فَظَهَرَتْ يَدُهُ عَلَى نَفْسِهِ وَصَارَ مَعْصُومًا بِنَفْسِهِ فَلَمْ يَبْقَ مَحَلًّا لِلْمَلِكِ، بِخِلَافِ الْمُتَرَدِّدِ؛ لِأَنَّ يَدَ الْمَوْلَى بَاقِيَةً عَلَيْهِ لِقِيَامِ يَدِ أَهْلِ الدَّارِ فَمَنَعَ ظُهُورَ يَدِهِ. وَإِذَا لَمْ يَثْبُتِ الْمَلِكُ لَهُمْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ يَأْخُذُهُ الْمَالِكُ الْقَدِيمُ بِغَيْرِ شَيْءٍ مَوْهُوبًا كَانَ أَوْ مُشْتَرَى أَوْ مَغْنُومًا قَبْلَ الْقِسْمَةِ وَبَعْدَ الْقِسْمَةِ يُؤَدَّى عَوْضُهُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ إِعَادَةُ الْقِسْمَةِ لِتَفَرُّقِ الْغَانِمِينَ وَتَعَذُّرِ اجْتِمَاعِهِمْ وَلَيْسَ لَهُ عَلَى الْمَالِكِ جَعْلُ الْأَبَقِ؛ لِأَنَّهُ عَامِلٌ لِنَفْسِهِ إِذْ فِي زَعَمِهِ أَنَّهُ مَلِكُهُ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا أَبَقَ عَبْدٌ مُسْلِمٌ فَدَخَلَ إِلَيْهِمْ) إِذَا أَبَقَ عَبْدٌ مُسْلِمٌ قَالُوا: قَيْدُ " مُسْلِمٍ " اتَّفَاقِيٌّ لِأَنَّ عَبْدَ الذَّمِّيِّ كَذَلِكَ (فَدَخَلَ إِلَيْهِمْ فَأَخَذُوهُ لَمْ يَمْلِكُوهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ عليه السلام)

وَقَالَا: يَمْلِكُونَهُ لِأَنَّ الْعِصْمَةَ لِحَقِّ الْمَالِكِ) وَهُوَ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ سُقُوطَ اعْتِبَارِهِ) أَيْ
اعْتِبَارِ يَدِ الْعَبْدِ (لِتَحَقُّقِ يَدِ الْمَوْلَى عَلَيْهِ تَمَكُّينًا لَهُ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ وَقَدْ زَالَتْ يَدُ الْمَوْلَى
فَظَهَرَتْ يَدُهُ عَلَى نَفْسِهِ) لِأَنَّهُ حِينَ دَخَلَ دَارَ الْحَرْبِ فَقَدْ زَالَتْ يَدُ الْمَوْلَى عَنْهُ لَا إِلَى مَنْ
يَخْلُفُهُ، لِأَنَّ يَدَ الْمَوْلَى عِبَارَةٌ عَنِ الْقُدْرَةِ عَلَى التَّصَرُّفِ فِي الْمَحَلِّ كَيْفَ شَاءَ، وَلَمْ يَتَّقَ
ذَلِكَ لَا مَحَالَةَ فَيَصِيرُ فِي يَدِ نَفْسِهِ وَهِيَ يَدُ مُحْتَرَمَةٍ تَمْنَعُ الْإِحْرَازَ فَتَمْنَعُ الْمَلِكَ لِأَنَّهُ لَا
مَلِكَ بِدُونِ الْإِحْرَازِ.

فَإِنْ قِيلَ: لَا نُسَلِّمُ أَنَّهَا زَالَتْ لَا إِلَى مَنْ يَخْلُفُهُ فَإِنَّ يَدَ الْكَفَرَةِ قَدْ خَلَفَتْ يَدَ
الْمَوْلَى لِأَنَّ دَارَ الْحَرْبِ فِي أَيْدِيهِمْ. أُجِيبَ بِأَنَّ بَيْنَ الدَّارَيْنِ حَدًّا لَا يَكُونُ فِي يَدِ أَحَدٍ،
وَعِنْدَ ذَلِكَ تَظْهَرُ يَدُ الْعَبْدِ عَلَى نَفْسِهِ، وَلِأَنَّ يَدَ الدَّارِ يَدُ حُكْمِيَّةٍ وَيَدُ الْعَبْدِ يَدُ حَقِيقِيَّةٍ
فَلَا تَنْدَفِعُ يَدُ الدَّارِ، إِلَيْهِ أَشَارَ فَخَرُ الْإِسْلَامِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ حُصُولَ الْبَيْدِ الْحَقِيقِيَّةِ لِلْعَبْدِ
فِي حِيزِ النَّزَاعِ. وَالْجَوَابُ أَنَّ الْيَدَ كَمَا ذَكَرْنَا عِبَارَةٌ عَنِ الْقُدْرَةِ عَلَى التَّصَرُّفِ فِي الْمَحَلِّ
كَيْفَ شَاءَ، وَعِنْدَ دُخُولِ الْعَبْدِ فِي دَارِ الْحَرْبِ يَحْصُلُ لَهُ ذَلِكَ قَبْلَ اسْتِيلَاءِ الْكَفَرَةِ عَلَيْهِ.
فَإِنْ قِيلَ: لَوْ حَصَلَ لَهُ يَدٌ حَقِيقِيَّةٌ لَعَتَقَ وَلَيْسَ كَذَلِكَ. أُجِيبَ بِمَنْعِ الْمُلَازِمَةِ لِأَنَّ ظُهُورَ
يَدِهِ عَلَى نَفْسِهِ لَا يَسْتَلْزِمُ زَوَالَ مَلِكِ الْمَوْلَى، فَإِنَّهُ لَمَّا ظَهَرَتْ يَدُهُ عَلَى نَفْسِهِ صَارَ غَاصِبًا
مَلِكِ الْمَوْلَى، وَجَازَ أَنْ تُوجَدَ الْيَدُ بِلَا مَلِكٍ كَمَا فِي الْمَعْصُوبِ وَالْمُشْتَرَى قَبْلَ الْقَبْضِ فَإِنَّ
الْمَلِكَ لِلْمَوْلَى وَالْيَدَ لِعَبْدِهِ.

وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الْمُرَدَّدِ) يَعْنِي فِي دَارِ الْإِسْلَامِ لِأَنَّ يَدَ الْمَوْلَى بَاقِيَةٌ عَلَيْهِ حُكْمًا
لِقِيَامِ يَدِ أَهْلِ الدَّارِ فَمَنْعَ ظُهُورِ يَدِهِ، وَلِهَذَا لَوْ وَهَبَهُ لِابْنِهِ الصَّغِيرِ كَانَ قَابِضًا لَهُ. فَبَقَاءُ
الْيَدِ حُكْمًا يَمْنَعُ ثُبُوتَ الْيَدِ لَهُ، فَإِنْ اسْتَوْلَى عَلَيْهِ الْمُشْرِكُونَ مَلَكَوهُ (وَإِذَا لَمْ يَثْبُتِ الْمَلِكُ
لَهُمْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله يَأْخُذُهُ الْمَلِكُ الْقَدِيمُ بِغَيْرِ شَيْءٍ إِذَا كَانَ مَوْهُوبًا أَوْ مُشْتَرَى) أَمَّا
إِذَا كَانَ مَوْهُوبًا فَظَاهِرٌ لِأَنَّهُ أَخَذَهُ بِغَيْرِ عَوْضٍ فَلَا يَتَضَرَّرُ بِالْأَخْذِ مِنْهُ، وَأَمَّا الْمُشْتَرَى
فَلِأَنَّ الْمُشْتَرَى قَدْ تَمَلَّكَهُ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَكَانَ مُتَبَرِّعًا، حَتَّى لَوْ أَمَرَهُ بِذَلِكَ رَجَعَ عَلَيْهِ الْمُشْتَرَى
بِالثَّمَنِ، وَإِنْ كَانَ مَعْنُومًا فَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ قَبْلَ الْقِسْمَةِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ بَعْدَهَا فَيُؤَدِّي
عَوْضَهُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ لِأَنَّ نَصِيبَهُ قَدْ أُسْتُحَقَّ فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى شُرَكَائِهِ فِي الْعَيْنِمَةِ وَقَدْ
تَعَدَّرَ ذَلِكَ لَتَفَرُّقِهِمْ وَتَعَدُّرِ اجْتِمَاعِهِمْ فَيَعْوِضُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ لِأَنَّ هَذِهِ مِنْ نَوَائِبِ

المُسْلِمِينَ وَمَالٌ يَتَبَيَّنُ الْمَالُ مُعَدًّا لَذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (وَلَيْسَ لَهُ) أَيُّ لِلْعَازِي أَوْ لِلتَّاجِرِ (جَعَلَ) الْآبِقُ لِأَنَّهُ عَامِلٌ لِنَفْسِهِ إِذْ فِي زَعْمِهِ أَنَّهُ مِلْكُهُ) وَالْجَعْلُ إِذَا يَجِبُ إِذَا أَخَذَهُ الْآخِذُ عَلَى قَصْدِ الرَّدِّ إِلَى مَالِكِهِ.

(وَإِنْ نَدَّ بَعِيرٌ إِلَيْهِمْ فَأَخَذُوهُ مِلْكُوهُ) لَتَحَقُّقِ الْاِسْتِیْلَاءِ إِذَا لَا يَدَ لِلْعَجَمَاءِ لَتَظْهَرَ عِنْدَ الْخُرُوجِ مِنْ دَارِنَا، بِخِلَافِ الْعَبْدِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا. (وَإِنْ اشْتَرَاهُ رَجُلٌ وَأَدْخَلَهُ دَارَ الْإِسْلَامِ فَصَاحِبُهُ يَأْخُذُهُ بِالثَّمَنِ إِنْ شَاءَ) لَمَّا بَيَّنَّا.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَإِنْ نَدَّ إِلَيْهِمْ بَعِيرٌ) ظَاهِرٌ.

(فَإِنْ أَبَقَ عَبْدٌ إِلَيْهِمْ وَذَهَبَ مَعَهُ بِفَرَسٍ وَمَتَاعٍ فَأَخَذَ الْمُشْرِكُونَ ذَلِكَ كُلَّهُ وَاشْتَرَوْا رَجُلًا ذَلِكَ كُلَّهُ، وَأَخْرَجَهُ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ فَإِنَّ الْمَوْلَى يَأْخُذُ الْعَبْدَ بِغَيْرِ شَيْءٍ وَالْفَرَسَ وَالْمَتَاعَ بِالثَّمَنِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يَأْخُذُ الْعَبْدَ وَمَا مَعَهُ بِالثَّمَنِ إِنْ شَاءَ) اعْتِبَارًا لِحَالَةِ الْاجْتِمَاعِ بِحَالَةِ الْاِنْفِرَادِ وَقَدْ بَيَّنَّا الْحُكْمَ فِي كُلِّ فَرْدٍ.

الشرح:

وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ (فَإِنْ أَبَقَ عَبْدٌ إِلَيْهِمْ وَذَهَبَ مَعَهُ بِفَرَسٍ وَمَتَاعٍ). وَاعْتَرَضَ بِأَنَّ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ يَتَّبِعِي أَنْ يَأْخُذَ الْمَالُ الْمَتَاعَ أَيْضًا بِغَيْرِ شَيْءٍ، لِأَنَّهُ لَمَّا ظَهَرَتْ يَدُ الْعَبْدِ عَلَى نَفْسِهِ ظَهَرَتْ عَلَى الْمَالِ أَيْضًا لَانْقِطَاعِ يَدِ الْمَوْلَى عَنِ الْمَالِ لِأَنَّهُ فِي دَارِ الْحَرْبِ وَيَدُ الْعَبْدِ أَسْبَقُ مِنْ يَدِ الْكُفَّارِ عَلَيْهِ فَلَا يَصِيرُ مِلْكًا لَهُمْ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ يَدَ الْعَبْدِ ظَهَرَتْ عَلَى نَفْسِهِ مَعَ الْمُنَافِي وَهُوَ الرُّقُّ فَكَانَتْ ظَاهِرَةً مِنْ وَجْهِ دُونِ وَجْهِ فَجَعَلْنَاهَا ظَاهِرَةً فِي حَقِّ نَفْسِهِ غَيْرَ ظَاهِرَةً فِي حَقِّ الْمَالِ.

(وَإِذَا دَخَلَ الْحَرَبِيُّ دَارَنَا بِأَمَانٍ وَاشْتَرَى عَبْدًا مُسْلِمًا وَأَدْخَلَهُ دَارَ الْحَرْبِ عَتَقَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَا يُعْتَقُ؛ لِأَنَّ الْإِزَالَاتِ كَانَتْ مُسْتَحَقَّةً بِطَرِيقٍ مُعَيَّنٍ وَهُوَ الْبَيْعُ وَقَدْ انْقَطَعَتْ وَلَايَةُ الْجَبْرِ عَلَيْهِ فَبَقِيَ فِي يَدِهِ عَبْدًا. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنْ تَخْلِيصَ الْمُسْلِمَ عَنْ ذُلِّ الْكَافِرِ وَاجِبٌ، فَيَقَامُ الشَّرْطُ وَهُوَ تَبَايُنُ الدَّارَيْنِ مَقَامَ الْعِلَةِ وَهُوَ الْإِعْتَاقُ تَخْلِيصًا لَهُ، كَمَا يَقَامُ مُضِيُّ ثَلَاثِ حَيَاضٍ مَقَامَ التَّفْرِيقِ فِيمَا إِذَا أَسْلَمَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ فِي دَارِ الْحَرْبِ.

الشرح:

(قوله) وَإِذَا دَخَلَ الْحَرْبِيُّ دَارَنَا بِأَمَانٍ وَاشْتَرَى عَبْدًا مُسْلِمًا أَوْ ذَمِيًّا أَوْ أَسْلَمَ أَحَدٌ مِمَّنْ كَانَ مَعَهُ مِنَ الْعَبِيدِ أُجِبَ عَلَى بَيْعِهِ مِنَ الْمُسْلِمِينَ كَالذَّمِيِّ يُسْلَمُ عَبْدُهُ. فَإِنْ قِيلَ: الذَّمِيُّ مُلْتَزَمٌ أَحْكَامَ الْإِسْلَامِ فَجَازَ إِجْبَارُهُ عَلَى بَيْعِ عَبْدِهِ الَّذِي أَسْلَمَ وَالْحَرْبِيُّ لَيْسَ كَذَلِكَ. أُجِيبَ بِأَنَّ الْأَمَانَ يُنَافِي إِبْقَاءَهُمْ فِي مَلِكِهِ لِأَنَّ فِيهِ اسْتِدْلَالًا لِلْمُسْلِمِ وَإِعْطَاءُ الْأَمَانِ عَلَى تَرْكِ ذَلِكَ فَكَانَ الْأَمَانُ مُلْتَزِمًا تَرْكِ إِدْلَالِ الْمُسْلِمِينَ فَيَلْزَمُهُ.

وَوَجْهُهُمَا ظَاهِرٌ. وَوَجْهُ أَبِي حَنِيفَةَ (أَنَّ تَخْلِيصَ الْمُسْلِمِ عَنْ ذُلِّ الْكَافِرِ وَاجِبٌ) عَلَى الْإِمَامِ، فَإِنْ كَانَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ فَبِالْجِبْرِ عَلَى الْبَيْعِ لِلْمُسْلِمِينَ دُونَ الْإِعْتِقَاقِ لِأَنَّ مَالَ الْمُسْتَأْمَنِ مَعْصُومٌ مَا دَامَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ بِمُقْتَضَى الْأَمَانِ، فَإِذَا أَدْخَلَهُ فِي دَارِ الْحَرْبِ زَالَتْ عِصْمَةُ مَالِهِ، فَلَوْ كَانَ لِلْإِمَامِ وَلَايَةٌ عَلَيْهِ وَجَبَ عَلَيْهِ إِجْبَارُهُ عَلَى الْعِتْقِ لِإِزَالَةِ عِصْمَةِ مَالِهِ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَايَةٌ يُقِيمُ شَرْطَ زَوَالِ عِصْمَةِ الْمَالِ وَهُوَ تَبَايُنُ الدَّارَيْنِ مَقَامَ عِلَّةِ الْإِزَالَةِ وَهِيَ الْإِعْتِقَاقُ لِأَنَّ الشَّرْطَ قَدْ يَقَامُ مَقَامَ الْعِلَّةِ إِذَا لَمْ يَكُنْ إِضَافَةُ الْحُكْمِ إِلَيْهَا كَحَفْرِ الْبُئْرِ عَلَى قَارِعَةِ الطَّرِيقِ.

فَإِنْ قِيلَ: إِقَامَةُ الشَّرْطِ هَاهُنَا مَقَامَ الْعِلَّةِ يَسْتَلْزِمُ جَعْلَ الْمُثْبِتِ لِلشَّيْءِ مُزِيلًا لَهُ وَهُوَ بَاطِلٌ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُمْ إِذَا اسْتَوْلَوْا عَلَى عَبْدٍ مُسْلِمٍ بِالْإِحْرَازِ بِدَارِهِمْ مَلَكُوهُ، فَكَانَ تَبَايُنُ الدَّارَيْنِ عِلَّةً لثُبُوتِ الْمَلِكِ فِيهِ وَهَاهُنَا جَعَلْتُمُوهُ مُزِيلًا لَهُ، وَفِيهِ أَيْضًا نَقْضٌ لِقَاعِدَةِ مُطَرَّدَةٍ وَهِيَ أَنَّ الْبَقَاءَ أَسْهَلُ مِنَ الْإِبْتِدَاءِ فَإِنَّ هَذَا يُفِيدُ إِبْتِدَاءَ الْمَلِكِ دُونَ بَقَائِهِ. فَالْجَوَابُ أَنَّ تَبَايُنَ الدَّارَيْنِ مُثْبِتٌ لِلْمَلِكِ إِذَا لَمْ يَكُنْ تَابِتًا، وَالْمَلِكُ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ ثَابِتٌ بِالشَّرَاءِ دُونَ التَّبَايُنِ فَجُعِلَ مُزِيلًا فِي مَحَلٍّ خَاصٍّ تَخْلِيصًا لِلْمُسْلِمِ عَنْ ذُلِّ الْكَافِرِ.

عَلَى أَنَّ مَا جَعَلْنَاهُ مُزِيلًا وَإِنَّمَا جَعَلْنَاهُ قَائِمًا مَقَامَ الْمُزِيلِ لِعَرَضٍ صَحِيحٍ فَلَمْ يَكُنِ الشَّيْءُ الْوَاحِدُ مُزِيلًا غَيْرَ مُزِيلٍ وَهُوَ الْمُتَنَعُّ، وَبَقَاءُ الشَّيْءِ أَسْهَلُ مِنَ الْإِبْتِدَاءِ إِذَا لَمْ يَعْتَرِ الْبَقَاءُ مَا يُزِيلُ سَهُولَتُهُ وَهَاهُنَا بَقَاءُ الْمُسْلِمِ فِي يَدِ الْكَافِرِ صَعْبٌ يُزِيلُ سَهُولَتَهُ. وَقَوْلُهُ (كَمَا يَقَامُ مُضِيُّ ثَلَاثِ حَيْضٍ) تَمَثِيلٌ لِلْمَسْأَلَةِ فِي قِيَامِ الشَّرْطِ مَقَامَ الْعِلَّةِ، فَإِنَّ انْقِضَاءَ ثَلَاثِ حَيْضٍ شَرْطُ الْبَيِّنُونَةِ فِي الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ أُقِيمَ مَقَامَ عِلَّةِ الْبَيِّنُونَةِ وَهِيَ عَرَضُ الْقَاضِي الْإِسْلَامِ وَتَفْرِيقُهُ بَعْدَ الْإِبَاءِ لِعَجْزِ الْقَاضِي عَنْ حَقِيقَةِ الْعِلَّةِ فِيمَا إِذَا أَسْلَمَ أَحَدُ الرُّوَجَيْنِ بِدَارِ الْحَرْبِ.

(وَإِذَا أَسْلَمَ عَبْدٌ لِحَرْبِيٍّ ثُمَّ خَرَجَ إِلَيْنَا أَوْ ظَهَرَ عَلَى الدَّارِ فَهُوَ حُرٌّ، وَكَذَلِكَ إِذَا خَرَجَ عَبِيدُهُمْ إِلَى عَسْكَرِ الْمُسْلِمِينَ فَهُمْ أَحْرَارٌ) لَمَّا رُوِيَ «أَنْ عَبِيدًا مِنْ عِبِيدِ الطَّائِفِ أَسْلَمُوا وَخَرَجُوا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَضَى بِعِتْقِهِمْ وَقَالَ: هُمْ عِتْقَاءُ اللَّهِ» ^(١) وَلَأَنَّهُ أَحْرَزَ نَفْسَهُ بِالْخُرُوجِ إِلَيْنَا مُرَاعِمًا لِمَوْلَاهُ أَوْ بِالِاتِّحَاقِ بِمَنْعَةِ الْمُسْلِمِينَ، إِذَا ظَهَرَ عَلَى الدَّارِ، وَاعْتِبَارُ يَدِهِ أَوَّلَى مِنْ اعْتِبَارِ يَدِ الْمُسْلِمِينَ؛ لِأَنَّهَا أَسْبَقُ ثُبُوتًا عَلَى نَفْسِهِ، فَالْحَاجَةُ فِي حَقِّهِ إِلَى زِيَادَةِ تَوْكِيدٍ وَفِي حَقِّهِمْ إِلَى إِثْبَاتِ الْيَدِ ابْتِدَاءً فَلِهَذَا كَانَ أَوَّلَى، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَإِذَا أَسْلَمَ عَبْدٌ لِحَرْبِيٍّ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ لَمَّا رُوِيَ (أَنْ عَبِيدًا مِنْ عِبِيدِ الطَّائِفِ أَسْلَمُوا) رُوِيَ " «أَنْ النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا حَاصَرَ الطَّائِفَ قَالَ: أَيُّمَا عَبْدٍ خَرَجَ إِلَيْنَا فَهُوَ حُرٌّ فَخَرَجَ سِتَّةُ أَعْبِدٍ أَوْ سَبْعَةٌ مِنْهَا، فَلَمَّا فُتِحَتْ جَاءَ مَوَالِيَهُمْ وَتَكَلَّمُوا فِيهِمْ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: هُمْ عِتْقَاءُ اللَّهِ». وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّهُ أَحْرَزَ) مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ ثُمَّ خَرَجَ إِلَيْنَا. وَقَوْلُهُ (أَوْ بِالِاتِّحَاقِ) مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ أَوْ ظَهَرَ عَلَى الدَّارِ. وَقِيلَ بِقَوْلِهِ مُرَاعِمًا: أَيُّ مُعَاضِبًا وَمُنَابَذًا لِأَنَّهُ إِذَا خَرَجَ طَائِعًا لِمَوْلَاهُ يُبَاغٍ فِيهِ وَتَمَنُّهُ لِلْحَرْبِيِّ لَأَنَّهُ لَمْ يَخْرُجْ عَلَى سَبِيلِ التَّغْلِبِ فَصَارَ كَمَالِ الْحَرْبِيِّ الَّذِي دَخَلَ بِهِ مُسْتَأْمِنًا إِلَى دَارِنَا. وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

بَابُ الْمُسْتَأْمِنِ

(وَإِذَا دَخَلَ الْمُسْلِمُ دَارَ الْحَرْبِ تَاجِرًا فَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَتَعَرَّضَ لَشَيْءٍ مِنْ أَمْوَالِهِمْ وَلَا مِنْ دِمَائِهِمْ)؛ لِأَنَّهُ ضَمِنَ أَنْ لَا يَتَعَرَّضَ لَهُمْ بِالِاسْتِثْمَانِ، فَالْتَعَرُّضُ بَعْدَ ذَلِكَ يَكُونُ غَدْرًا وَالْغَدْرُ حَرَامٌ، إِلَّا إِذَا غَدَرَ بِهِمْ مَلِكُهُمْ فَأَخَذَ أَمْوَالَهُمْ أَوْ حَبَسَهُمْ أَوْ فَعَلَ غَيْرَهُ بِعِلْمِ الْمَلِكِ وَلَمْ يَمْنَعَهُ؛ لِأَنَّهُمْ هُمْ الَّذِينَ نَقَضُوا الْعَهْدَ بِخِلَافِ الْأَسِيرِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُسْتَأْمِنٍ فَيُبَاحُ لَهُ التَّعَرُّضُ، وَإِنْ أَطْلَقُوهُ طَوْعًا (فَإِنْ غَدَرَ بِهِمْ) أَعْنِي التَّاجِرَ (فَأَخَذَ شَيْئًا وَخَرَجَ بِهِ) (مَلِكُهُ مَلِكًا مَحْظُورًا) لَوُرُودِ الْاِسْتِيلَاءِ عَلَى مَالٍ مُبَاحٍ، إِلَّا أَنَّهُ حَصَلَ بِسَبَبِ الْغَدْرِ فَأَوْجَبَ ذَلِكَ خُبْنًا فِيهِ (فَيُؤْمَرُ بِالتَّصَدُّقِ بِهِ) وَهَذَا؛ لِأَنَّ الْحَظَرَ لغيرِهِ لَا يَمْنَعُ انْعِقَادَ السَّبَبِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ.

(١) أخرجه أبو داود في المراسيل (٣٣١)، وانظر نصب الراية (٦٥٧/٣).

الشرح:

(بَابُ الْمُسْتَأْمَنِ): لَمَّا فَرَّغَ مِنْ بَيَانِ الاسْتِیْلَاءِ الَّذِي هُوَ عِبَارَةٌ عَنْ الْاِقْتِدَارِ عَلَى الْمَحَلِّ قَهْرًا وَغَلَبَةً شَرَعَ فِي بَيَانِ الاسْتِثْمَانِ، لِأَنَّ طَلَبَ الْأَمَانِ إِنَّمَا يَكُونُ حَيْثُ يَكُونُ فِيهِ قَهْرٌ وَغَلَبَةٌ، وَقَدْ أَمْسَتْ أَسْتِثْمَانُ الْمُسْلِمِ تَعْظِيمًا لَهُ وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ (قَوْلُهُ وَالْغَدْرُ حَرَامٌ) دَلِيلُهُ «قَوْلُهُ ﷺ لِأَصْحَابِ السَّرَايَا: وَلَا تَغْدَرُوا». وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الْأَسِيرِ) يَعْنِي أَنَّ الْغَدْرَ لَيْسَ بِحَرَامٍ عَلَيْهِ، فَإِنَّ الْأَسْرَاءَ إِذَا تَمَكَّنُوا مِنْ قَتْلِ قَوْمٍ مِنْ أَهْلِ الْحَرْبِ غِيلَةً وَأَخَذَ أَمْوَالَهُمْ وَفَعَلُوا ذَلِكَ وَخَرَجُوا إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ وَلَا مَنَعَةَ لَهُمْ فَكُلُّ مَنْ أَخَذَ شَيْئًا فَهُوَ لَهُ خَاصَّةٌ (فَيَبَاحُ لَهُمُ التَّعَرُّضُ وَإِنْ أَطْلَقُوهُمْ طَوْعًا) لِأَنَّهُ لَمْ يَسْتَأْمِنْ صَرِيحًا حَتَّى يَكُونَ غَادِرًا بِأَخْذِ أَمْوَالِهِمْ (قَوْلُهُ مِلْكُهُ مِلْكًا مَحْظُورًا) أَيُّ خَبِيثًا، حَتَّى لَوْ كَانَتْ جَارِيَةً كُرَّةً لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَطَاهَا لِأَنَّهُ قَائِمٌ مَقَامَ الْبَائِعِ، وَطَوُّهَا لِلْبَائِعِ كَانَ مَكْرُوهًا فَكَذَا الْمُشْتَرِي (قَوْلُهُ وَهَذَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ مِلْكُهُ مِلْكًا مَحْظُورًا: يَعْنِي أَنَّ مَالَ أَهْلِ الْحَرْبِ مُبَاحٌ فِي نَفْسِهِ وَالْحَظَرُ لِمَعْنَى فِي غَيْرِهِ وَهُوَ الْأَمَانُ فَلَا يَمْنَعُ الْعِقَادَ سَبَبَ الْمَلِكِ وَهُوَ الْاسْتِیْلَاءُ (عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ) يَعْنِي فِي أَوَائِلِ بَابِ اسْتِیْلَاءِ الْكُفَّارِ بِقَوْلِهِ وَالْمَحْظُورُ لغيرِهِ إِذَا صَلَحَ سَبَبًا لِكِرَامَةِ تَفَوْقِ الْمَلِكِ إلخ.

(وَإِذَا دَخَلَ الْمُسْلِمُ دَارَ الْحَرْبِ بِأَمَانٍ فَأَدَانَهُ حَرْبِيٌّ أَوْ آدَانُ هُوَ حَرْبِيٌّ أَوْ غَضَبَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ ثُمَّ خَرَجَ إِلَيْنَا وَاسْتَأْمَنَ الْحَرْبِيُّ لَمْ يَقْضَ لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ بِشَيْءٍ) أَمَّا الْإِدَانَةُ فَلَأَنَّ الْقَضَاءَ يَعْتَمِدُ الْوِلَايَةَ وَلَا وِلَايَةَ وَهِيَ الْإِدَانَةُ أَصْلًا وَلَا وَهَتْ الْقَضَاءَ عَلَى الْمُسْتَأْمَنِ؛ لِأَنَّهُ مَا التَزَمَ حُكْمَ الْإِسْلَامِ فِيمَا مَضَى مِنْ أَفْعَالِهِ وَإِنَّمَا التَزَمَ ذَلِكَ فِي الْمُسْتَقْبَلِ. وَأَمَّا الْغَضَبُ فَلَأَنَّهُ صَارَ مِلْكًا لِلَّذِي غَضَبَهُ وَاسْتَوْلَى عَلَيْهِ لِمُصَادَفَتِهِ مَا لَا غَيْرَ مَعْصُومٍ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَا حَرْبِيَّيْنِ فَعَلَا ذَلِكَ ثُمَّ خَرَجَا مُسْتَأْمِنَيْنِ لَمَّا قُلْنَا (وَلَوْ خَرَجَا مُسْلِمَيْنِ قُضِيَ بِالذَّيْنِ بَيْنَهُمَا وَلَمْ يَقْضَ بِالْغَضَبِ) أَمَّا الْمُدَايِنَةُ فَلَأَنَّهَا وَقَعَتْ صَحِيحَةً لَوْ قُوعَهَا بِالْتَّرَاضِي، وَالْوِلَايَةُ ثَابِتَةٌ حَالَةَ الْقَضَاءِ لَا لِتَزَامِهِمَا الْأَحْكَامَ بِالْإِسْلَامِ. وَأَمَّا الْغَضَبُ فَلَمَّا بَيَّنَّا أَنَّهُ مِلْكُهُ وَلَا خُبْتُ فِيهِ مِلْكُ الْحَرْبِيِّ حَتَّى يُؤْمَرَ بِالرَّدِّ.

الشرح:

(وَإِذَا دَخَلَ الْمُسْلِمُ دَارَ الْحَرْبِ بِأَمَانٍ فَأَدَانَهُ حَرْبِيٌّ) أَيُّ بَاعَ بِالذَّيْنِ فَإِنَّ الْإِدَانَةَ

الْبَيْعُ بِالذَّيْنِ وَالْإِسْتِئْذَانُ بِالذَّيْنِ قَوْلُهُ وَلَا وِلَايَةَ وَقْتُ الْإِدَانَةِ أَصْلًا) أَيُّ لَا عَلَى الْمُسْلِمِ وَلَا عَلَى الْحَرْبِيِّ (وَلَا وَقْتُ الْقَضَاءِ عَلَى الْمُسْتَأْمِنِ) وَهُوَ ظَاهِرٌ. وَإِذَا لَمْ يَقْضَ عَلَى الْحَرْبِيِّ لَمْ يَقْضَ عَلَى الْمُسْلِمِ أَيْضًا تَحْقِيقًا لِلتَّسْوِيَةِ بَيْنَهُمَا. وَقَوْلُهُ (وَأَمَّا الْعَصْبُ فَلَأَنَّهُ صَارَ مِلْكًا لِلَّذِي غَضِبَهُ) أَيُّ سَوَاءٌ كَانَ الْعَاصِبُ كَافِرًا فِي دَارِ الْحَرْبِ أَوْ مُسْلِمًا مُسْتَأْمِنًا فِيهَا لِأَنَّ مَالَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَانَ مُبَاحًا وَقْتُ الْعَصْبِ فِي حَقِّهِ فَمَلَكُهُ بِالْعَصْبِ، إِلَّا أَنَّ الْعَاصِبَ إِنْ كَانَ هُوَ الْمُسْلِمُ يُفْتَى بِرَدِّ الْمَعْصُوبِ عَلَى الْمَالِكِ وَلَا يَقْضَى عَلَيْهِ، لِأَنَّهُ لَمَّا دَخَلَ دَارَهُمْ بِأَمَانٍ التَّزَمَ أَنْ لَا يُعْدِرَ بِهِمْ، وَفِي أَخْذِ أُمُورِهِمْ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ غَدْرٌ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا بَيَّنَّا) يَعْنِي فِيمَا تَقَدَّمَ، وَأَمَّا غَضَبُ الْكَافِرِ فَقَدْ ذَكَرَ فِي مَسْأَلَةِ الْإِسْتِئْذَانِ بِقَوْلِهِ إِنْ الْإِسْتِئْذَانُ وَرَدَّ عَلَى مَالٍ مُبَاحٍ، وَأَمَّا غَضَبُ الْمُسْلِمِ فَقَدْ ذَكَرَهُ فِيمَا إِذَا دَخَلَ وَاحِدٌ أَوْ اثْنَانِ مُغِيرَيْنِ بغيرِ إِذْنِ الْإِمَامِ فَأَخَذُوا شَيْئًا فَإِنَّهُمْ يَمْلِكُونَهُ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا قُلْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ مِنْ قَبْلُ إِنْ الْقَضَاءُ يَعْتَمِدُ الْوِلَايَةَ إلخ. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ خَرَجَا مُسْلِمَيْنِ) ظَاهِرٌ.

(وَإِذَا دَخَلَ الْمُسْلِمُ دَارَ الْحَرْبِ بِأَمَانٍ فَغَضِبَ حَرْبِيًّا ثُمَّ خَرَجَا مُسْلِمَيْنِ أَمْرٌ بِرَدِّ الْغَضَبِ وَلَمْ يَقْضَ عَلَيْهِ) أَمَّا عَدَمُ الْقَضَاءِ فَلَمَّا بَيَّنَّا أَنَّهُ مَلَكُهُ، وَأَمَّا الْأَمْرُ بِالرَّدِّ وَمُرَادُهُ الْفَتْوَى بِهِ فَلَأَنَّهُ فَسَدَ الْمِلْكُ لَمَّا يُقَارِنُهُ مِنَ الْمُحَرَّمِ وَهُوَ نَقْصُ الْعَهْدِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَغَضِبَ حَرْبِيًّا) أَيُّ غَضِبَ شَيْئًا مِنْ حَرْبِيٍّ وَلَيْسَ هَذَا مُنْحَصِرًا فِي خُرُوجِهِمَا مُسْلِمَيْنِ، بَلْ لَوْ خَرَجَ الْمُسْلِمُ الْعَاصِبُ وَالْحَرْبِيُّ مُسْتَأْمِنًا فَالْحُكْمُ كَذَلِكَ. (وَإِذَا دَخَلَ مُسْلِمَانِ دَارَ الْحَرْبِ بِأَمَانٍ فَقَتَلَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ عَمْدًا أَوْ خَطَأً فَعَلَى الْقَاتِلِ الدِّيَّةُ فِي مَالِهِ وَعَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ فِي الْخَطَا) أَمَّا الْكَفَّارَةُ فَلِلْإِطْلَاقِ الْكِتَابِ، وَأَمَّا الدِّيَّةُ فَلِأَنَّ الْعِصْمَةَ الثَّابِتَةَ بِالْإِحْرَازِ بِدَارِ الْإِسْلَامِ لَا تَبْطُلُ بِعَارِضِ الدُّخُولِ بِالْأَمَانِ، وَإِنَّمَا لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ اسْتِيفَاؤُهُ إِلَّا بِمَنْعَةٍ، وَلَا مَنْعَةٌ دُونَ الْإِمَامِ وَجَمَاعَتِهِ الْمُسْلِمِينَ، وَلَمْ يُوْجَدْ ذَلِكَ فِي دَارِ الْحَرْبِ، وَإِنَّمَا تَجِبُ الدِّيَّةُ فِي مَالِهِ فِي الْعَمْدِ؛ لِأَنَّ الْعَوَاقِلَ لَا تَعْقِلُ الْعَمْدَ، وَفِي الْخَطَا لِأَنَّهُ لَا قُدْرَةَ لَهُمْ عَلَى الصِّيَانَةِ مَعَ تَبَايُنِ الدَّارَيْنِ وَالْوُجُوبِ عَلَيْهِمْ عَلَى اعْتِبَارِ تَرْكِهَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَعَلَى الْقَاتِلِ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ) يَعْنِي فِي الْعَمْدِ وَالْخَطَا، هَكَذَا ذَكَرَهُ مِنْ غَيْرِ خِلَافٍ فِي عَامَّةِ النُّسخِ. وَذَكَرَ الْإِمَامُ قَاضِي خَانَ أَنَّ هَذَا الْحُكْمَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله ثُمَّ قَالَ: وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: عَلَيْهِ الْقِصَاصُ فِي الْعَمْدِ لِأَنَّهُ قَتَلَ شَخْصًا مَعْصُومًا لَيْسَ مِنْ أَهْلِ دَارِ الْحَرْبِ فَيَجِبُ بِقَتْلِهِ مَا يَجِبُ بِهِ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله أَنَّ تَكْثِيرَ سَوَادِهِمْ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ بَتَوَطُّئِهِ فِيهِمْ كَانَ يُسْقِطُ الْعِصْمَةَ، فَتَكْثِيرُهُ مِنْ وَجْهِ يُوْرِثُ الشُّبْهَةَ فَيُسْقِطُ الْقِصَاصَ. وَقَوْلُهُ (أَمَّا الْكُفَّارَةُ فَلِإِطْلَاقِ الْكِتَابِ) يَعْنِي قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢] (وَأَمَّا الدِّيَةُ فَلِأَنَّ الْعِصْمَةَ الثَّابِتَةَ بِالْإِحْرَازِ بِدَارِ الْإِسْلَامِ لَا تَبْطُلُ بِعَارِضِ الدُّخُولِ بِالْأَمَانِ) لِأَنَّهُ لَمَّا كَانَ عَلَى قَصْدِ الرُّجُوعِ كَانَ كَأَنَّهُ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ تَقْدِيرًا حَتَّى أَنْ الْمُسْتَأْمَنَ مِنْهُمْ لَمَّا كَانَ عَلَى قَصْدِ الرُّجُوعِ كَانَ فِي دَارِ الْحَرْبِ حَتَّى لَا يُقْتَلَ الذَّمِّيُّ بِهِ، وَكَانَ الْقِيَاسُ وَجُوبَ الْقِصَاصِ إِلَّا أَنَّهُ لَمْ يَجِبْ لَمَّا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ.

(وَإِنْ كَانَا أُسِيرَيْنِ فَقَتَلَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ أَوْ قَتَلَ مُسْلِمٌ تَاجِرًا أُسِيرًا) فَلَا شَيْءَ عَلَى الْقَاتِلِ إِلَّا الْكُفَّارَةُ فِي الْخَطَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: (فِي الْأُسِيرَيْنِ الدِّيَةُ فِي الْخَطَا وَالْعَمْدِ)؛ لِأَنَّ الْعِصْمَةَ لَا تَبْطُلُ بِعَارِضِ الْأَسْرِ كَمَا لَا تَبْطُلُ بِعَارِضِ الْإِسْتِمْنَانِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَامْتِنَاعُ الْقِصَاصِ لِعَدَمِ الْمَنْعَةِ وَيَجِبُ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ لَمَّا قُلْنَا. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ بِالْأَسْرِ صَارَ تَبَعًا لَهُمْ؛ لِصَيْرُورَتِهِ مَقْهُورًا فِي أَيْدِيهِمْ، وَلِهَذَا يَصِيرُ مُقِيمًا بِإِقَامَتِهِمْ وَمُسَافِرًا بِسَفَرِهِمْ فَيَبْطُلُ بِهِ الْإِحْرَازُ أَصْلًا وَصَارَ كَالْمُسْلِمِ الَّذِي لَمْ يُهَاجِرْ إِلَيْنَا، وَخَصَّ الْخَطَا بِالْكَفَّارَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا كَفَّارَةَ فِي الْعَمْدِ عِنْدَنَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ الْعِصْمَةَ الثَّابِتَةَ بِالْإِحْرَازِ بِدَارِ الْإِسْلَامِ لَا تَبْطُلُ بِعَارِضِ الدُّخُولِ بِالْأَمَانِ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا قُلْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّ الْعَوَاقِلَ لَا تَعْقِلُ الْعَمْدَ. وَقَوْلُهُ (وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله) أَنَّ بِالْأَسْرِ صَارَ تَبَعًا لَهُمْ يَعْنِي وَأَهْلُ الْحَرْبِ أَصُولٌ وَالْأَصُولُ غَيْرُ مَعْصُومِينَ فَكَذَلِكَ الْأَثْبَاعُ (قَوْلُهُ وَلِهَذَا) تَوْضِيحٌ لِلتَّبَعِيَّةِ. وَقَوْلُهُ (فَيَبْطُلُ بِهِ الْإِحْرَازُ أَصْلًا) أَيُّ يَبْطُلُ الْإِحْرَازُ بِالْعِصْمَةِ الْمُقَوِّمَةِ بِالْكُلِّيَّةِ (وَصَارَ كَالْمُسْلِمِ الَّذِي لَمْ يُهَاجِرْ إِلَيْنَا)

بِجَامِعِ تَبَعِيَّةِ أَهْلِ الدَّارِ بِالتَّوْطُنِ فَلَمْ تَجِبْ الدِّيَّةَ لِأَنَّهَا مَبْنِيَّةٌ عَلَى تِلْكَ الْعِصْمَةِ، بِخِلَافِ الْكَفَّارَةِ فَإِنَّهَا تَجِبُ بِالْعِصْمَةِ الْمُؤْتَمَةِ وَهِيَ بِالْإِسْلَامِ.

فَصْلٌ

قَالَ: (وَإِذَا دَخَلَ الْحَرْبِيُّ إِلَيْنَا مُسْتَأْمِنًا لَمْ يُمَكَّنْ أَنْ يُقِيمَ فِي دَارِنَا سَنَةً وَيَقُولَ لَهُ الْإِمَامُ: إِنْ أَقَمْتَ تَمَامَ السَّنَةِ وَضَعْتُ عَلَيْكَ الْجِزْيَةَ) وَالْأَصْلُ أَنَّ الْحَرْبِيَّ لَا يُمَكَّنُ مِنْ إِقَامَةٍ دَائِمَةٍ فِي دَارِنَا إِلَّا بِالْإِسْتِرْقَاقِ أَوْ الْجِزْيَةِ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ عَيْنًا لَهُمْ وَعَوْنًا عَلَيْنَا فَتَلْتَحِقُ الْمَضْرَّةُ بِالْمُسْلِمِينَ، وَيُمَكَّنُ مِنَ الْإِقَامَةِ الْيَسِيرَةِ؛ لِأَنَّ فِي مَنَعِهَا قَطْعَ الْمِيرَةِ وَالْجَلْبِ وَسَدَّ بَابِ التَّجَارَةِ، فَفَصَلَ نَا بَيْنَهُمَا بِسَنَةٍ؛ لِأَنَّهَا مُدَّةٌ تَجِبُ فِيهَا الْجِزْيَةُ فَتَكُونُ الْإِقَامَةُ لِمَصْلَحَةِ الْجِزْيَةِ، ثُمَّ إِنْ رَجَعَ بَعْدَ مَقَالَتِ الْإِمَامِ قَبْلَ تَمَامِ السَّنَةِ إِلَى وَطَنِهِ فَلَا سَبِيلَ عَلَيْهِ، وَإِذَا مَكَثَ سَنَةً فَهُوَ ذِمِّيٌّ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا أَقَامَ سَنَةً بَعْدَ تَقَدُّمِ الْإِمَامِ إِلَيْهِ صَارَ مُلْتَزِمًا الْجِزْيَةَ فَيَصِيرُ ذِمِّيًّا، وَلِلْإِمَامِ أَنْ يُؤَقَّتَ فِي ذَلِكَ مَا دُونَ السَّنَةِ كَالشَّهْرِ وَالشَّهْرَيْنِ (وَإِذَا أَقَامَهَا بَعْدَ مَقَالَتِ الْإِمَامِ يَصِيرُ ذِمِّيًّا) لَمَّا قُلْنَا (ثُمَّ لَا يُتْرَكُ أَنْ يَرْجَعَ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ)؛ لِأَنَّ عَقْدَ الذِّمَّةِ لَا يُنْقَضُ، كَيْفَ وَأَنَّ فِيهِ قَطْعَ الْجِزْيَةِ وَجَعَلَ وَلَدِهِ حَرْبًا عَلَيْنَا وَفِيهِ مَضْرَّةٌ بِالْمُسْلِمِينَ.

الشرح:

(فصل): فصل هَذِهِ الْمَسَائِلَ عَمَّا قَبِلَهَا لِاخْتِلَافِ أَحْكَامِهَا، وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ، وَالْعَيْنُ: هُوَ الْجَاسُوسُ، وَالْعَوْنُ: الظَّهِيرُ عَلَى الْأَمْرِ وَالْجَمْعُ الْأَعْوَانُ، وَالْمِيرَةُ: الطَّعَامُ يَمْتَارُهُ الْإِنْسَانُ مِنْ مَارَ يَمِيرُ، وَالْجَلْبُ وَالْأَجْلَابُ الَّذِينَ يَجْلُبُونَ الْإِبِلَ وَالْغَنَمَ لِلْبَيْعِ. وَقَوْلُهُ (بَعْدَ تَقَدُّمِ الْإِمَامِ) يُقَالُ تَقَدَّمَ إِلَيْهِ الْأَمِيرُ بِكَذَا أَوْ فِي كَذَا إِذَا أَمَرَهُ بِهِ. وَقَوْلُهُ (وَلِلْإِمَامِ أَنْ يُؤَقَّتَ فِي ذَلِكَ مَا دُونَ السَّنَةِ) يَعْنِي أَنْ تَقْدِيرَ الْحَوْلَ لَيْسَ بِلَازِمٍ، بَلْ لَوْ قَدَّرَ الْإِمَامُ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ عَلَى حَسَبِ مَا يَرَاهُ جَارَ لَكِنْ إِنْ لَمْ يُقَدِّرْ لَهُ مُدَّةً فَالْمُعْتَبَرُ هُوَ الْحَوْلُ (فَإِذَا أَقَامَ بَعْدَ ذَلِكَ فِي دَارِنَا يَصِيرُ ذِمِّيًّا) قَالَ الْإِمَامُ قَاضِي خَانَ: فَإِذَا مَضَتْ سَنَةٌ بَعْدَ مُضِيِّ الْمُدَّةِ الْمَضْرُوبَةِ كَانَ عَلَيْهِ الْخَرَاجُ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَصِيرُ ذِمِّيًّا بِمُجَاوَزَةِ الْمُدَّةِ الْمَضْرُوبَةِ فَيُعْتَبَرُ الْحَوْلُ بَعْدَهَا صَارَ ذِمِّيًّا إِلَّا أَنْ يَكُونَ شَرْطَ عَلَيْهِ أَنَّهُ إِذَا جَاوَزَ السَّنَةَ يَأْخُذُ الْخَرَاجَ فَحِينَئِذٍ يَأْخُذُ مِنْهُ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا قُلْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّهُ لَمَّا أَقَامَ سَنَةً بَعْدَ تَقَدُّمِ الْإِمَامِ صَارَ مُلْتَزِمًا لِلْجِزْيَةِ.

(فَإِنْ دَخَلَ الْحَرَبِيُّ دَارَنَا بِأَمَانٍ وَاشْتَرَى أَرْضَ خَرَّاجٍ فَإِذَا وُضِعَ عَلَيْهِ الْخَرَّاجُ فَهُوَ ذِمِّيٌّ؛ لِأَنَّ خَرَّاجَ الْأَرْضِ بِمَنْزِلَةِ خَرَّاجِ الرَّأْسِ، فَإِذَا التَّزَمَهُ صَارَ مُلتَزِمًا الْمَقَامَ فِي دَارِنَا، أَمَّا بِمُجَرَّدِ الشَّرَاءِ لَا يَصِيرُ ذِمِّيًّا؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَشْتَرِيهَا لِلتَّجَارَةِ، وَإِذَا لَزِمَهُ خَرَّاجُ الْأَرْضِ فَبَعْدَ ذَلِكَ تَلَزَمَهُ الْجِزْيَةُ لِسُنَّةٍ مُسْتَقْبَلَةٍ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ ذِمِّيًّا بِلُزُومِ الْخَرَّاجِ فَتُعْتَبَرُ الْمُدَّةُ مِنْ وَقْتِ وَجُوبِهِ. وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ فَإِذَا وُضِعَ عَلَيْهِ الْخَرَّاجُ فَهُوَ ذِمِّيٌّ تَصْرِيحٌ بِشَرْطِ الْوَضْعِ فَيَتَخَرَّجُ عَلَيْهِ أَحْكَامُ جَمَّةٍ فَلَا تَعْمَلُ عَنْهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَإِذَا وُضِعَ عَلَيْهِ الْخَرَّاجُ فَهُوَ ذِمِّيٌّ) قَالَ فِي النَّهَائَةِ: وَكَذَلِكَ لَوْ لَزِمَهُ عَشْرٌ فِي قِيَاسِ قَوْلِ مُحَمَّدٍ بَأَنْ اشْتَرَى أَرْضًا عَشْرِيَّةً لَأَكْثَرُهَا جَمِيعًا مِنْ مُوْنِ الْأَرْضِ (لِأَنَّ خَرَّاجَ الْأَرْضِ بِمَنْزِلَةِ خَرَّاجِ الرَّأْسِ) إِذْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ أَحْكَامِ دَارِنَا، فَلَمَّا رَضِيَ بِوُجُوبِ الْخَرَّاجِ عَلَيْهِ رَضِيَ أَنْ يَكُونَ مِنْ أَهْلِ دَارِنَا، وَقَوْلُهُ (فَتُعْتَبَرُ الْمُدَّةُ مِنْ وَقْتِ وَجُوبِهِ) أَيُّ وَجُوبِ الْخَرَّاجِ (وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ) أَيُّ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ (فَإِذَا وُضِعَ عَلَيْهِ الْخَرَّاجُ فَهُوَ ذِمِّيٌّ تَصْرِيحٌ مِنْ مُحَمَّدٍ بِشَرْطِ الْوَضْعِ) أَيُّ بَأَنْ وُضِعَ الْخَرَّاجُ عَلَيْهِ شَرْطٌ فِي جَعْلِهِ ذِمِّيًّا، وَالْمُرَادُ مِنْ وَضْعِ الْخَرَّاجِ التَّزَامُ خَرَّاجَ أَرْضٍ بِمُبَاشَرَةٍ سَبَبِهِ وَهُوَ الزَّرَاعَةُ أَوْ تَعْمِيلُهَا عَنْهَا مَعَ التَّمَكُّنِ، وَذَلِكَ الْمَسْأَلَةُ عَلَى أَنَّهُ لَا يَصِيرُ ذِمِّيًّا بِمُجَرَّدِ الشَّرَاءِ.

وَمِنْ الْمَشَايِخِ مَنْ قَالَ: يَصِيرُ ذِمِّيًّا بِنَفْسِ الشَّرَاءِ، لِأَنَّهُ لَمَّا اشْتَرَى أَرْضَ خَرَّاجٍ وَحَكَمَ الشَّرْعُ فِيهَا بِوُجُوبِ الْخَرَّاجِ صَارَ مُلتَزِمًا حُكْمًا مِنْ أَحْكَامِ الْإِسْلَامِ، كَذَا ذَكَرَهُ قَاضِي خَانَ وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ لَمَّا أَشَارَ إِلَيْهِ الْمُصَنِّفُ مِنْ قَوْلِهِ لِأَنَّهُ قَدْ يَشْتَرِيهَا لِلتَّجَارَةِ. وَقَوْلُهُ (فَيَتَخَرَّجُ عَلَيْهِ) أَيُّ عَلَى أَنَّ الْوَضْعَ شَرْطٌ (أَحْكَامُ جَمَّةٍ فَلَا تَعْمَلُ عَنْهُ) أَيُّ عَنْ شَرْطِ الْوَضْعِ وَهِيَ الْمَنْعُ مِنَ الْخُرُوجِ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ وَجَرَيَانِ الْقِصَاصِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمُسْلِمِ وَوُجُوبِ الصَّمَانِ فِي إِثْلَافِ خَمَرِهِ وَخَنْزِيرِهِ وَوُجُوبِ الدِّيَةِ بِقَتْلِهِ خَطَأً، وَهَذِهِ الْأَحْكَامُ إِنَّمَا تُثَبَّتُ بَعْدَ كَوْنِهِ ذِمِّيًّا لَا قَبْلَهُ، وَبِوَضْعِ الْخَرَّاجِ يَصِيرُ ذِمِّيًّا فَلِذَلِكَ يَجِبُ أَنْ لَا يُعْمَلَ عَنْ شَرْطِ الْوَضْعِ.

(وَإِذَا دَخَلَتْ حَرَبِيَّةٌ بِأَمَانٍ فَتَزَوَّجَتْ ذِمِّيًّا صَارَتْ ذِمِّيَّةً؛ لِأَنَّهَا التَّزَمَتْ الْمَقَامَ تَبَعًا لِلزَّوْجِ (وَإِذَا دَخَلَ حَرَبِيٌّ بِأَمَانٍ فَتَزَوَّجَ ذِمِّيَّةً لَمْ يَصِرْ ذِمِّيًّا؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُهُ أَنْ يُطْلَقَهَا فَيَرْجِعَ إِلَى بَلَدِهِ فَلَمْ يَكُنْ مُلتَزِمًا الْمَقَامَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا دَخَلَتْ حَرْبِيَّةٌ بِأَمَانٍ) ظَاهِرٌ، وَكَذَا عَكْسُهُ.

(وَلَوْ أَنَّ حَرْبِيًّا دَخَلَ دَارَنَا بِأَمَانٍ ثُمَّ عَادَ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ وَتَرَكَ وَدِيعَةً عِنْدَ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ أَوْ دِينِيٍّ فِي ذِمَّتِهِمْ فَقَدْ صَارَ دَمُهُ مُبَاحًا بِالْعَوْدِ)؛ لِأَنَّهُ أَبْطَلَ أَمَانَهُ (وَمَا فِي دَارِ الْإِسْلَامِ مِنْ مَالِهِ عَلَى خَطَرٍ، فَإِنْ أُسِرَ أَوْ ظَهَرَ عَلَى الدَّارِ فَقُتِلَ سَقَطَتْ دُيُونُهُ وَصَارَتْ الْوَدِيعَةُ فَيْئًا) أَمَّا الْوَدِيعَةُ فَلَأَنَّهَا فِي يَدِهِ تَقْدِيرًا؛ لِأَنَّ يَدَ الْمُودِعِ كَيْدِهِ فَيَصِيرُ فَيْئًا تَبَعًا لِنَفْسِهِ، وَأَمَّا الدِّينُ فَلَأَنَّ إِبْثَاتَ الْيَدِ عَلَيْهِ بِوَاسِطَةِ الْمُطَالَبَةِ وَقَدْ سَقَطَتْ، وَيَدٌ مَنْ عَلَيْهِ أَسْبَقُ إِلَيْهِ مِنْ يَدِ الْعَامَّةِ فَيَخْتَصُّ بِهِ فَيَسْقُطُ (وَإِنْ قُتِلَ وَلَمْ يُظْهَرَ عَلَى الدَّارِ فَالْقَرْضُ الْوَدِيعَةُ لَوَرَّثَتْ) وَكَذَلِكَ إِذَا مَاتَ؛ لِأَنَّ نَفْسَهُ لَمْ تَصِرْ مَغْنُومَةً فَكَذَلِكَ مَالُهُ، وَهَذَا لِأَنَّ حُكْمَ الْأَمَانِ بَاقٍ فِي مَالِهِ فَيَرُدُّ عَلَيْهِ أَوْ عَلَى وَرَثَتِهِ مِنْ بَعْدِهِ.

الشرح:

وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ (وَلَوْ أَنَّ حَرْبِيًّا دَخَلَ دَارَنَا بِأَمَانٍ) خَلَا أَنْ قَوْلُهُ لِأَنَّ يَدَ الْمُودِعِ كَيْدَهُ مَنْقُوضٌ بِمَا إِذَا أَسْلَمَ الْحَرْبِيُّ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ وَلَهُ وَدِيعَةٌ عِنْدَ مُسْلِمٍ فِي دَارِ الْحَرْبِ ثُمَّ ظَهَرَ عَلَى الدَّارِ فَإِنَّهَا تَكُونُ فَيْئًا فَلَمْ تَكُنْ يَدُ الْمُودِعِ كَيْدَ الْمُودِعِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ يَدَ الْمُودِعِ كَيْدَ الْمُودِعِ إِذَا اتَّفَقَا عِصْمَةً وَقَتَ الْإِيدَاعِ، وَفِي صُورَةِ التَّقْضِ لَيْسَ كَذَلِكَ لِأَنَّ دَارَ الْحَرْبِ لَيْسَتْ دَارَ عِصْمَةٍ.

قَالَ: (وَمَا أَوْجَفَ الْمُسْلِمُونَ عَلَيْهِ مِنْ أَمْوَالِ أَهْلِ الْحَرْبِ بِغَيْرِ قِتَالٍ يُصْرَفُ فِي مَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ كَمَا يُصْرَفُ الْخَرَاجُ) قَالُوا: هُوَ مِثْلُ الْأَرْضِيَّةِ الَّتِي أَجْلَوْا أَهْلَهَا عَنْهَا وَالْجِزْيَةِ وَلَا خُمُسَ فِي ذَلِكَ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: فِيهِمَا الْخُمُسُ اعْتِبَارًا بِالْغَنِيمَةِ. وَلَنَا مَا رَوِيَ "أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَخَذَ الْجِزْيَةَ" ^(١) وَكَذَا عُمَرُ وَمُعَاذٌ، وَوُضِعَ فِي بَيْتِ الْمَالِ وَلَمْ يُخَمَّسْ وَلِأَنَّهُ مَالٌ مَأْخُودٌ بِقُوَّةِ الْمُسْلِمِينَ مِنْ غَيْرِ قِتَالٍ، بِخِلَافِ الْغَنِيمَةِ؛ لِأَنَّهُ مَمْلُوكٌ بِمُبَاشَرَةِ الْغَانِمِينَ وَبِقُوَّةِ الْمُسْلِمِينَ فَاسْتَحَقَّ الْخُمُسَ بِمَعْنَى وَاسْتَحَقَّهُ الْغَانِمُونَ بِمَعْنَى، وَفِي هَذَا السَّبَبِ وَاحِدٌ، وَهُوَ مَا ذَكَرْنَاهُ فَلَا مَعْنَى لِإِجَابِ الْخُمُسِ.

(١) أخرجه أبو داود (٢٩٦١)، وانظر نصب الراية (٣/٦٦٠).

الشرح:

قَالَ (وَمَا أَوْجَفَ الْمُسْلِمُونَ عَلَيْهِ) يُقَالُ وَجَفَ الْفَرَسُ أَوْ الْبَعِيرُ غَدًا وَجِيفًا وَأَوْجَفَهُ صَاحِبُهُ إِيجَافًا. وَقَوْلُهُ (وَمَا أَوْجَفَ الْمُسْلِمُونَ عَلَيْهِ) أَيُّ أَعْمَلُوا خَيْلَهُمْ وَرِكَابَهُمْ فِي تَحْصِيلِهِ. وَالْجَلَاءُ بِالْفَتْحِ وَالْمَدُّ الْخُرُوجُ عَنِ الْوَطَنِ أَوْ الْإِخْرَاجُ، يُقَالُ جَلَا السُّلْطَانُ الْقَوْلَ عَلَى أَوْطَانِهِمْ وَأَجْلَاهُمْ فَجَلُّوا: أَيُّ أَخْرَجَهُمْ فَخَرَجُوا، كِلَاهُمَا يَتَعَدَّى وَلَا يَتَعَدَّى. وَقَوْلُهُ (وَالْجِزْيَةُ) بِالْجَرِّ عَطْفٌ عَلَى قَوْلِهِ الْأَرَضِي أَيُّ هُوَ مِثْلُ الْأَرَضِي الَّتِي أَجْلُوا عَنْهَا أَهْلُهَا وَمِثْلُ الْجِزْيَةِ. وَقَوْلُهُ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رحمته الله فِيهِمَا) أَيُّ فِي الْأَرَضِي الَّتِي أَجْلُوا عَنْهَا أَهْلُهَا وَفِي الْجِزْيَةِ.

وَفِي بَعْضِ النُّسخِ: فِيهَا أَيُّ فِي الْأَرَضِي وَالْجِزْيَةِ وَالْخَرَاجِ (قَوْلُهُ وَلَائُهُ) أَيُّ وَلَائُ مَا أَوْجَفَ عَلَيْهِ الْمُسْلِمُونَ مِنَ الْمَالِ. وَقَوْلُهُ (مِنْ غَيْرِ قِتَالٍ) يَعْنِي بَلْ بِوُقُوعِ الرُّعْبِ فِي قُلُوبِ الْكُفَّارِ مِنْ قُوَّةِ الْمُسْلِمِينَ (بِخِلَافِ الْغَنِيمَةِ لِأَنَّهُ) أَيُّ الْغَنِيمَةُ بَتَأْوِيلِ الْمَعْنُومِ (مَمْلُوكٌ) بِسَبْبَيْنِ وَهُمَا مُبَاشَرَةُ الْعَانِمِينَ وَقُوَّةُ الْمُسْلِمِينَ (فَاسْتَحَقَّ الْخُمْسَ بِمَعْنَى) وَهُوَ الرُّعْبُ (وَاسْتَحَقَّ الْعَانِمُونَ الْبَاقِيَ بِمَعْنَى) وَهُوَ مُبَاشَرَةُ الْعَانِمِينَ الْقِتَالِ (وَفِي هَذَا) أَيُّ فِيمَا أَوْجَفَ الْمُسْلِمُونَ عَلَيْهِ (السَّبَبُ وَاحِدٌ وَهُوَ مَا ذَكَرْتَاهُ) يَعْنِي قَوْلُهُ أَنَّهُ مَالٌ مَأْخُودٌ بِقُوَّةِ الْمُسْلِمِينَ فَلَا مَعْنَى لِإِجَابِ الْخُمْسِ .

(وَإِذَا دَخَلَ الْحَرْبِيُّ دَارَنَا بِأَمَانٍ وَلَهُ امْرَأَةٌ فِي دَارِ الْحَرْبِ وَأَوْلَادٌ صِغَارٌ وَكِبَارٌ وَمَالٌ أَوْدَعَ بَعْضُهُ ذِمِّيًّا وَبَعْضُهُ حَرْبِيًّا وَبَعْضُهُ مُسْلِمًا فَأَسْلَمَ هَاهُنَا ثُمَّ ظَهَرَ عَلَى الدَّارِ فَذَلِكَ كُلُّهُ فِيءٌ) أَمَّا الْمَرْأَةُ وَأَوْلَادُهَا الْكِبَارُ فَظَاهِرٌ لِأَنَّهُمْ حَرْبِيُّونَ كِبَارٌ وَلَيْسُوا بِأَتْبَاعٍ، وَكَذَلِكَ مَا فِي بَطْنِهَا لَوْ كَانَتْ حَامِلًا لَمَّا قُلْنَا مِنْ قَبْلُ. وَأَمَّا أَوْلَادُهَا الصِّغَارُ فَلَأَنَّ الصِّغِيرَ إِنَّمَا يَصِيرُ مُسْلِمًا تَبَعًا لِإِسْلَامِ أَبِيهِ إِذَا كَانَ فِي يَدِهِ وَتَحْتَ وِلَايَتِهِ، وَمَعَ تَبَايُنِ الدَّارَيْنِ لَا يَتَحَقَّقُ ذَلِكَ، وَكَذَا أَمْوَالُهُ لَا تَصِيرُ مُحَرَّرَةً بِإِحْرَازِهِ نَفْسَهُ لِاخْتِلَافِ الدَّارَيْنِ فَبَقِيَ الْكُلُّ فَيْئًا وَغَنِيمَةً (وَإِنْ أَسْلَمَ فِي دَارِ الْحَرْبِ ثُمَّ جَاءَ فَظَهَرَ عَلَى الدَّارِ فَأَوْلَادُهَا الصِّغَارُ أَحْرَارٌ مُسْلِمُونَ) تَبَعًا لِأَبِيهِمْ؛ لِأَنَّهُمْ كَانُوا تَحْتَ وِلَايَتِهِ حِينَ أَسْلَمَ إِذِ الدَّارُ وَاحِدَةٌ (وَمَا كَانَ مِنْ مَالٍ أَوْدَعَهُ مُسْلِمًا أَوْ ذِمِّيًّا فَهُوَ لَهُ)؛ لِأَنَّهُ فِي يَدِ مُحْتَرَمَةٍ وَيَدُهُ كَيْدُهُ (وَمَا سِوَى ذَلِكَ فِيءٌ) أَمَّا الْمَرْأَةُ وَأَوْلَادُهَا الْكِبَارُ فَلَمَّا قُلْنَا. وَأَمَّا الْمَالُ الَّذِي فِي يَدِ الْحَرْبِيِّ؛ فَلَأَنَّهُ لَمْ يَصِرْ مَعْصُومًا؛ لِأَنَّ يَدَ الْحَرْبِيِّ لَيْسَتْ يَدًا مُحْتَرَمَةً.

الشرح:

(قَوْلُهُ لَمَّا قُلْنَا مِنْ قَبْلُ) أَيِ فِي بَابِ الْعَنَائِمِ وَقَسَمَتَهَا وَهُوَ قَوْلُهُ وَرَزَوَجْتُهُ فِيءٌ لَأَنَّهَا كَافِرَةٌ حَرِيَّةٌ إِنْخ. وَقَوْلُهُ (وَأَمَّا أَوْلَادُهُ الصَّغَارُ) ظَاهِرٌ (قَوْلُهُ وَمَا كَانَ مِنْ مَالٍ أَوْ دَعَا مُسْلِمًا أَوْ ذَمًّا) إِنَّمَا قَيَّدَ بِالْإِيذَاعِ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ غَضَبًا فِي أَيْدِيهِمَا يَكُونُ فِتْنًا لِعَدَمِ النَّيَابَةِ (قَوْلُهُ فَلَمَّا قُلْنَا) إِشَارَةً إِلَى قَوْلِهِ حَرِيُّونَ كِبَارٌ وَلَيْسُوا بِأَتْبَاعٍ.

(وَإِذَا أَسْلَمَ الْحَرْبِيُّ فِي دَارِ الْحَرْبِ فَقَتَلَهُ مُسْلِمٌ عَمْدًا أَوْ خَطَأً وَلَهُ وَرَثَةٌ مُسْلِمُونَ هُنَاكَ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ إِلَّا الْكَفَّارَةُ فِي الْخَطَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تَجِبُ الدِّيَةُ فِي الْخَطَا وَالْقِصَاصُ فِي الْعَمْدِ؛ لِأَنَّهُ أَرَأَى دَمًا مَعْصُومًا (لَوْجُودِ الْعَاصِمِ وَهُوَ الْإِسْلَامُ) لَكُونِهِ مُسْتَجْلَبًا لِلْكَرَامَةِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الْعِصْمَةَ أَصْلُهَا الْمُؤَثِّمَةُ؛ لِحُصُولِ أَصْلِ الزَّجْرِ بِهَا وَهِيَ ثَابِتَةٌ إجماعًا، وَالْمَقُومَةُ كَمَالٌ فِيهِ لِكَمَالِ الْامْتِنَاعِ بِهِ فَيَكُونُ وَصْفًا فِيهِ فَتَتَعَلَّقُ بِمَا عُلِقَ بِهِ الْأَصْلُ. وَلَنَا قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿إِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَخْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢] الْآيَةُ. جَعَلَ التَّخْرِيرَ كُلَّ الْمَوْجِبِ رُجُوعًا إِلَى حَرْفِ الْفَاءِ أَوْ إِلَى كَوْنِهِ كُلِّ الْمَذْكُورِ فَيَنْتَفِي غَيْرُهُ، وَلِأَنَّ الْعِصْمَةَ الْمُؤَثِّمَةَ بِالْأَدَمِيَّةِ لِأَنَّ الْأَدَمِيَّ خُلِقَ مُتَحَمِّلًا أَعْبَاءَ التَّكْلِيفِ، وَالْقِيَامَ بِهَا بِحُرْمَةِ التَّعَرُّضِ، وَالْأَمْوَالُ تَابِعَةٌ لَهَا. أَمَّا الْمَقُومَةُ فَالْأَصْلُ فِيهَا الْأَمْوَالُ؛ لِأَنَّ النَّقُومَ يُؤْذَنُ بِجَبْرِ الْفَائِتِ وَذَلِكَ فِي الْأَمْوَالِ دُونَ النَّفُوسِ؛ لِأَنَّ مِنْ شَرْطِهِ التَّمَاثُلَ، وَهُوَ فِي الْمَالِ دُونَ النَّفْسِ فَكَانَتِ النَّفُوسُ تَابِعَةً، ثُمَّ الْعِصْمَةُ الْمُقُومَةُ فِي الْأَمْوَالِ بِالْإِحْرَازِ بِالْأَدَارِ؛ لِأَنَّ الْعِزَّةَ بِالْمَنْعَةِ فَكَذَلِكَ فِي النَّفُوسِ إِلَّا أَنَّ الشَّرْعَ أَسْقَطَ اعْتِبَارَ مَنْعَةِ الْكَفَرَةِ؛ لَمَّا أَنَّهُ أَوْجَبَ إِبْطَالَهَا. وَالْمُرْتَدُّ وَالْمُسْتَأْمَنُ فِي دَارِنَا مِنْ أَهْلِ دَارِهِمْ حُكْمًا لِقَصْدِهِمَا الْإِنْتِقَالَ إِلَيْهَا.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَإِذَا أَسْلَمَ الْحَرْبِيُّ فِي دَارِ الْحَرْبِ فَقَتَلَهُ مُسْلِمٌ عَمْدًا أَوْ خَطَأً وَلَهُ وَرَثَةٌ مُسْلِمُونَ هُنَاكَ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ إِلَّا الْكَفَّارَةُ فِي الْخَطَا). وَقَالَ الْإِمَامُ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: تَجِبُ الدِّيَةُ فِي الْخَطَا وَالْقِصَاصُ فِي الْعَمْدِ لِأَنَّهُ أَرَأَى دَمًا مَعْصُومًا لَوْجُودِ الْعَاصِمِ وَهُوَ الْإِسْلَامُ لَكُونِهِ مُسْتَجْلَبًا لِلْكَرَامَةِ وَتَحْقِيقُهُ أَنَّ الْعِصْمَةَ تُثَبِّتُ نِعْمَةً وَكَرَامَةً فَتَتَعَلَّقُ بِمَا لَهُ أَثَرٌ فِي اسْتِحْقَاقِ الْكَرَامَةِ وَهُوَ الْإِسْلَامُ إِذْ بِهِ تَخْصُلُ السَّعَادَةُ الْأَبَدِيَّةُ لَا بِالْأَدَارِ

التي هي جماد لا أثر لها في استحقاق الكرامة، ومن أراق دمًا مغموصًا إن كان خطأً
ففيه الذية والكفارة، وإن كان عمدًا ففيه القصاص كما لو فعل ذلك في دار الإسلام
(وهذا) أي وجوب الذية في الخطأ، والقصاص في العمد إنما كان مبنياً على وجود
العاصم الذي هو الإسلام (لأن العصمة أصلها المؤتممة لحصول أصل الزجر بها) فإن من
علم أنه يأنم يقتل ينزجر عنه نظراً إلى الجيلة السليمة عن الميل عن الاعتدال (وهي ثابتة)
فيما نحن فيه (إجماعاً) فإنه لا قائل بعدم الإثم على من قتل مسلماً في أي موضع كان
(والعصمة المقومة كمال فيه) أي في أصل العصمة لأنه إذا وجب الإثم والمال كان
ذلك أكمل وأتم في المنع من الذي وجب فيه الإثم دون المال، فكانت العصمة المقومة
وصفاً زائداً على العصمة التي هي المؤتممة (فتعلق بما تعلق به الأصل) وهو العصمة
المؤتممة والعصمة المؤتممة تعلقت بالإسلام، فالعصمة المقومة كذلك، فتجب الذية
والكفارة في قتل الحربى الذي أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا (ولنا قوله تعالى:
﴿ فَإِنْ كَانَتْ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ﴾ [النساء: ٩٢])
وكان أبو حنيفة رحمه الله يؤول هذه الآية بالذين أسلموا في دار الحرب ولم يهاجروا، وهو
المنقول عن بعض أئمة التفسير أيضاً. ووجه الاستدلال بالآية أن الله تعالى ميز بين
المؤمن الذي في دار الإسلام وبين المؤمن الذي هو من قوم عدو لنا في حق الحكم
المختص بالقتل، فجعل الحكم في الأول الذية والكفارة بقوله تعالى: ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ
مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ ﴾ [النساء: ٩٢] وفي الثاني الكفارة دون الذية وذلك من
وجهين: أحدهما أنه ذكر بحرف الفاء فإنه للجزء والجزء اسم لما يكون كافياً، فإذا
كان كافياً كان كل الموجب ضرورة. والثاني أنه كل المذكور حيث لم يذكر غيره،
وذلك يقتضي انتفاء غيره لأن قصد الشارع في مثله إخراج العبد عن عهدة الحكم
المتعلق بالحادثة ولا يتحقق ذلك إلا ببيان كل الحكم بلا إخلال، فلو كان غيره من
تمة هذا الحكم لذكره في موضع البيان.

وقوله (ولأن العصمة المؤتممة بالآدمية) دليل معقول على عدم العصمة المقومة
الموجبة للذية في دار الحرب ومشتمل على بيان أن العصمة المقومة ليست بوصف
كمال في العصمة المؤتممة فتكون تابعة لها. وبيان ذلك أن العصمة المؤتممة بالآدمية (لأن

الْأَدَمِيَّ خُلِقَ مُتَحَمِّلًا أَعْبَاءَ التَّكَالِيفِ) أَيِ أَثْقَالَهَا، وَمَنْ خُلِقَ لَشَيْءٍ وَجَبَ عَلَيْهِ الْقِيَامُ بِهِ فَالْأَدَمِيُّ وَجَبَ عَلَيْهِ الْقِيَامُ بِأَعْبَاءِ التَّكَالِيفِ (وَالْقِيَامُ بِهَا بِحُرْمَةِ التَّعَرُّضِ) أَيِ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ لَهُ الْقِيَامُ بِهَا إِذَا كَانَ حَرَامَ التَّعَرُّضِ، فَالْأَدَمِيُّ وَجَبَ عَلَيْهِ أَنْ يَكُونَ حَرَامَ التَّعَرُّضِ مُطْلَقًا، إِلَّا أَنْ اللَّهُ تَعَالَى أَبْطَلَ ذَلِكَ فِي الْكَافِرِ بِعَارِضِ الْكُفْرِ، فَإِذَا زَالَ الْكُفْرُ بِالْإِسْلَامِ عَادَ إِلَى الْأَصْلِ (وَالْأَمْوَالُ تَابِعَةٌ لَهَا) أَيِ لِلْأَدَمِيَّةِ الَّتِي تَثْبُتُ الْعِصْمَةُ الْمُؤْتَمَةُ لَهَا لِأَنَّهَا خُلِقَتْ فِي الْأَصْلِ مُبَاحَةً، وَإِنَّمَا صَارَتْ مَعْصُومَةً لَتَمَكُّنِ الْأَدَمِيَّ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ بِهَا فِي حَاجَتِهِ فَكَانَتْ تَابِعَةً لِلْأَدَمِيَّةِ (أَمَّا الْعِصْمَةُ الْمُقَوِّمَةُ فَالْأَصْلُ فِيهَا الْأَمْوَالُ لِأَنَّ التَّقْوَمَ يُؤْزَنُ بِجَبْرِ الْفَائِتِ) لِأَنَّ التَّقْوَمَ هُوَ الشَّيْءُ الَّذِي يَكُونُ وَاجِبَ الْإِنْقَاءِ وَالِدَّوَامِ بِالْمَثَلِ أَوْ الْقِيَمَةِ (وَذَلِكَ) أَيِ جَبْرُ الْفَائِتِ (فِي الْأَمْوَالِ دُونَ النَّفُوسِ) لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَخْصُلُ بِالْمَثَلِ صُورَةٌ وَمَعْنَى أَوْ مَعْنَى فَقَطْ، وَلَا مُمَاتِلَةً بَيْنَ النَّفُوسِ وَمَا يُجْبَرُ بِهِ لَا صُورَةٌ وَلَا مَعْنَى عَلَى مَا عُرِفَ فِي الْأَصُولِ (فَكَانَتْ النَّفُوسُ تَابِعَةً) لِلْأَمْوَالِ فِي الْعِصْمَةِ.

وَمِنْ هَذَا عُلِمَ أَنَّ الْعِصْمَةَ الْمُؤْتَمَةَ أَصْلٌ مُسْتَقِلٌّ فِي شَيْءٍ وَالْعِصْمَةُ الْمُقَوِّمَةُ أَصْلٌ مُسْتَقِلٌّ فِي شَيْءٍ آخَرَ وَلَيْسَ أَحَدُهُمَا بِكَمَالٍ فِي الْآخَرِ وَلَا وَصْفٌ زَائِدٌ عَلَيْهِ، ثُمَّ الْعِصْمَةُ الْمُقَوِّمَةُ فِي الْأَمْوَالِ بِالْإِحْرَازِ بِالدَّارِ لِأَنَّهَا عَزَّةٌ وَالْعَزَّةُ بِالْمَنْعَةِ، فَالْعِصْمَةُ الْمُقَوِّمَةُ فِي الْأَمْوَالِ بِالْمَنْعَةِ وَالدَّارُ إِنَّمَا تَكُونُ بِالْمَنْعَةِ فَلِهَذَا تَعَرَّضَ لَذِكْرِهَا، وَإِذَا كَانَتْ الْعِصْمَةُ الْمُقَوِّمَةُ فِي الْأَمْوَالِ بِالْمَنْعَةِ فَكَذَلِكَ فِي النَّفُوسِ لِأَنَّهَا تَابِعَةٌ لَهَا لَمَّا ذَكَرْنَا، لَكِنْ لَا مَنَعَةَ لِدَارِ الْحَرْبِ لِأَنَّ الشَّرْعَ أَسْقَطَ اعْتِبَارَ مَنَعَةِ الْكُفْرِ لَمَّا أَنَّهُ أَوْجَبَ إِبْطَالَهَا، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ مَنَعَةٌ لَا يُوجَدُ الْإِحْرَازُ، وَإِذَا لَمْ يُوجَدِ الْإِحْرَازُ لَا تُوجَدُ الْعِصْمَةُ الْمُقَوِّمَةُ، وَإِذَا لَمْ تُوجَدْ الْعِصْمَةُ الْمُقَوِّمَةُ لَا تَجِبُ الدِّيَّةُ، وَهَذَا فِي غَايَةِ التَّحْقِيقِ، خِلَا أَنَّهُ تَوَهَّمَ أَنْ لَا يَمْلِكُوا أَمْوَالَنَا بِالْإِحْرَازِ إِلَى الدَّارِ كَمَا قَالَ بِهِ الْإِمَامُ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. وَدَفَعَهُ بِأَنْ مَعْنَى قَوْلِنَا إِنَّ الشَّرْعَ أَسْقَطَ اعْتِبَارَ مَنَعَتِهِمْ حَالِ كَوْنِهِمْ فِي دَارِهِمْ، وَأَمَّا إِذَا وَقَعَ خُرُوجُهُمْ إِلَى دَارِنَا وَأَحْرَزُوا أَمْوَالَنَا بِالْيَدِ الْحَافِظَةِ وَالثَّاقِلَةِ فَقَدْ اسْتَوْلَوْا عَلَى مَالٍ مُبَاحٍ كَمَا مَرَّ، وَذَلِكَ يُوجِبُ الْمَلِكَ لَا مَحَالَةَ. وَقَوْلُهُ (وَالْمُرْتَدُّ وَالْمُسْتَأْمَنُ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ إِنَّهُمَا مُحَرَّرَانِ بِدَارِ الْإِسْلَامِ ذَاتًا فَيَجِبُ أَنْ يَتَّقَوْمَا وَلَمْ يَتَّقَوْمَا حَتَّى لَا تَجِبُ الدِّيَّةُ بِقَتْلِهِمَا وَكَوْنِ الْمُسْتَأْمَنِ مِنْ أَهْلِ دَارِهِمْ حُكْمًا لِقَصْدِهِ الْإِنْتِقَالَ ظَاهِرٌ، وَأَمَّا الْمُرْتَدُّ فَكَذَلِكَ لِأَنَّهُ يَقْصِدُهُ هَرَبًا مِنَ الْقَتْلِ.

(وَمَنْ قَتَلَ مُسْلِمًا خَطَا لَا وَلِيَّ لَهُ أَوْ قَتَلَ حَرْبِيًّا دَخَلَ إِلَيْنَا بِأَمَانٍ فَأَسْلَمَ فَالِدِّيَّةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ لِلْإِمَامِ وَعَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ)؛ لِأَنَّهُ قَتَلَ نَفْسًا مَعْصُومَةً خَطَا فَنُتَعَبَّرُ بِسَائِرِ النُّفُوسِ الْمَعْصُومَةِ، وَمَعْنَى قَوْلِهِ لِلْإِمَامِ أَنْ حَقَّ الْأَخْذُ لَهُ؛ لِأَنَّهُ لَا وَارِثَ لَهُ (وَإِنْ كَانَ عَمْدًا فَإِنْ شَاءَ الْإِمَامُ قَتَلَهُ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الدِّيَّةَ)؛ لِأَنَّ النَّفْسَ مَعْصُومَةً، وَالْقَتْلَ عَمْدًا، وَالْوَلِيَّ مَعْلُومًا وَهُوَ الْعَامَّةُ أَوْ السُّلْطَانُ. قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «السُّلْطَانُ وَلِيٌّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ» وَقَوْلُهُ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الدِّيَّةَ مَعْنَاهُ بِطَرِيقِ الصَّلَاحِ؛ لِأَنَّ مُوجِبَ الْعَمْدِ وَهُوَ الْقَوْدُ عَيْنًا، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الدِّيَّةَ أَنْفَعُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ مِنَ الْقَوْدِ فَهَذَا كَانَ لَهُ وَلَايَةُ الصَّلَاحِ عَلَى الْمَالِ (وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَعْفُو)؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لِلْعَامَّةِ وَوَلَايَتُهُ نَظَرِيَّةٌ وَلَيْسَ مِنَ النَّظَرِ إسْقَاطُ حَقِّهِمْ مِنْ غَيْرِ عَوْضٍ.

الشرح:

وقوله: (وَمَنْ قَتَلَ مُسْلِمًا خَطَا إلخ) واضح. واعتُرضَ عَلَى قَوْلِهِ وَهُوَ الْعَامَّةُ أَوْ السُّلْطَانُ بَأَنَّ التَّرَدُّدَ فِيمَنْ لَهُ وَلَايَةُ الْقِصَاصِ يُوجِبُ سُقُوطَهُ كَمَا فِي الْمَكَاثِبِ إِذَا قَتَلَ عَنْ وَقَاءٍ وَلَهُ وَارِثٌ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْإِمَامَ هَاهُنَا نَائِبٌ عَنِ الْعَامَّةِ فَصَارَ كَأَنَّ الْوَلِيَّ وَاحِدًا، بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الْكِتَابِ.

بَابُ الْعُشْرِ وَالْخَرَاجِ

قَالَ: (أَرْضُ الْعَرَبِ كُلُّهَا أَرْضُ عُشْرٍ، وَهِيَ مَا بَيْنَ الْعُدَيْبِ إِلَى أَقْصَى حَجَرٍ بِالْيَمَنِ بِمَهْرَةٍ إِلَى حَدِّ الشَّامِ وَالسَّوَادِ أَرْضُ خَرَاجٍ، وَهُوَ مَا بَيْنَ الْعُدَيْبِ إِلَى عَقَبَةِ حُلُوانَ، وَمِنَ التُّعَلِيَّةِ وَيُقَالُ مِنَ الْعَلَثِ إِلَى عَبَادَانَ)؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَالْخُلَفَاءُ الرَّاشِدِينَ لَمْ يَأْخُذُوا الْخَرَاجَ مِنْ أَرْضِي الْعَرَبِ^(١)، وَلِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْفِيءِ فَلَا يَثْبُتُ فِي أَرْضِيهِمْ كَمَا لَا يَثْبُتُ فِي رِقَابِهِمْ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ وَضْعَ الْخَرَاجِ مِنْ شَرْطِهِ أَنْ يُقَرَّ أَهْلُهَا عَلَى الْكُفْرِ كَمَا فِي سَوَادِ الْعِرَاقِ وَمُشْرِكَو الْعَرَبِ لَا يُقْبَلُ مِنْهُمْ إِلَّا الْإِسْلَامُ أَوِ السَّيْفُ، وَعَمَرُ حِينَ فَتَحَ السَّوَادَ وَضَعَ الْخَرَاجَ عَلَيْهَا بِمَحْضَرٍ مِنَ الصُّحَابَةِ، وَوَضَعَ عَلَى مِصْرَ حِينَ افْتَتَحَهَا عَمْرُو بْنُ الْعَاصِ، وَكَذَا اجْتَمَعَتِ الصُّحَابَةُ عَلَى وَضْعِ الْخَرَاجِ عَلَى الشَّامِ.

(١) أخرجه أبو عبيد في الأموال (٥٧/١)، وانظر نصب الراية (٦٦١/٣).

الشرح:

(بَابُ الْعُشْرِ وَالْخَرَاجِ): لَمَّا ذَكَرَ مَا يَصِيرُ بِهِ الْحَرْبِيُّ ذِمِّيًّا شَرَعَ فِي بَيَانِ الْخَرَاجِ الَّذِي يَجِبُ عَلَيْهِ، وَذَكَرَ الْعُشْرَ اسْتِطْرَادًا لِأَنَّهُ سَبَبُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا هُوَ الْأَرْضُ النَّامِيَّةُ، وَقَدَّمَهُ عَلَى الْخَرَاجِ لِكَوْنِهِ مِنَ الْوُطَائِفِ الْإِسْلَامِيَّةِ. وَالْعُشْرُ بَضَمُ الْعَيْنِ أَحَدُ أَجْزَاءِ الْعَشْرَةِ، وَالْخَرَاجُ اسْمٌ لَمَّا يُخْرَجُ مِنْ غَلَّةِ الْأَرْضِ أَوْ الْعُلَامِ، ثُمَّ سُمِّيَ مَا يَأْخُذُهُ السُّلْطَانُ خَرَاجًا فَيَقَالُ أَدَّى فُلَانٌ خَرَاجَ أَرْضِهِ وَأَدَّى أَهْلُ الذِّمَّةِ خَرَاجَ رُءُوسِهِمْ: يَعْنِي الْجَزْيَةَ. وَالْعُذَيْبُ مَاءٌ لَتَمِيمٌ، وَالْحَجَرُ يَفْتَحَتَيْنِ بِمَعْنَى الصَّخْرِ لِأَنَّهُ وَقَعَ فِي أَمَالِي أَبِي يُوسُفَ: الصَّخْرُ مَوْضِعُ الْحَجَرِ، وَيُظْهِرُ مِنْ ذَلِكَ أَنَّ مَنْ رَوَى بِسُكُونِ الْجِيمِ وَقَسَرَهُ بِالْجَانِبِ فَقَدْ حَرَفَ. وَمَهْرَةٌ بِالْفَتْحِ وَالسُّكُونِ اسْمُ رَجُلٍ، وَقِيلَ اسْمُ قَبِيلَةٍ يُنسَبُ إِلَيْهَا الْإِبِلُ الْمَهْرِيَّةُ سُمِّيَ ذَلِكَ الْمَقَامُ بِهِ فَيَكُونُ بِمَهْرَةٍ بَدَلًا مِنْ قَوْلِهِ بِالْيَمَنِ، وَهَذَا طَوْلُهَا، وَمِنْ يَمِينٍ وَالْذَهْنَاءِ وَرَمْلٌ عَالِجُ أَسْمَاءِ مَوَاضِعَ إِلَى مَشَارِفِ الشَّامِ: أَيُّ قُرَاهَا عَرْضُهَا، وَالسَّوَادُ: أَيُّ أَرْضِي سَوَادِ الْعِرَاقِ: أَيُّ قُرَاهَا سُمِّيَ بِالسَّوَادِ لِحُضْرَةِ أَشْجَارِهِ وَزُرُوعِهِ، وَحَدُّهُ عَرْضًا مِنَ الْعُذَيْبِ إِلَى عُقْبَةِ حُلُوانَ وَهُوَ اسْمُ بَلَدٍ، وَمِنْ الثَّغْلِيَّةِ وَهِيَ مَنَازِلُ الْبَادِيَةِ إِلَى عَبَّادَانَ وَهُوَ حِصْنٌ صَغِيرٌ عَلَى شَطِّ الْبَحْرِ طَوْلُهُ. وَقِيلَ فِي مَوْضِعِ الثَّغْلِيَّةِ الْعَلْتُ يَفْتَحُ الْعَيْنَ وَسُكُونِ اللَّامِ، وَهِيَ قَرْيَةٌ مَوْقُوفَةٌ عَلَى الْعَلَوِيَّةِ وَهُوَ أَوَّلُ الْعِرَاقِ شَرْقِيًّا دِجْلَةً، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ.

قَالَ: (وَأَرْضُ السَّوَادِ مَمْلُوكَةٌ لِأَهْلِهَا يَجُوزُ بَيْعُهُمْ لَهَا وَتَصَرُّفُهُمْ فِيهَا): لِأَنَّ الْإِمَامَ إِذَا فَتَحَ أَرْضًا عَنُودَ وَقَهَرَهَا لَهُ أَنْ يَقْرَأَ أَهْلَهَا عَلَيْهَا وَيَضَعُ عَلَيْهَا وَعَلَى رُءُوسِهِمُ الْخَرَاجَ فَتَبَقَى الْأَرْضُ مَمْلُوكَةً لِأَهْلِهَا وَقَدْ قَدَّمَ نَاهُ مِنْ قَبْلُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (قَدَّمَ نَاهُ مِنْ قَبْلُ) يَعْنِي فِي أَوَّلِ بَابِ الْغَنَائِمِ.

قَالَ: (وَكُلُّ أَرْضٍ أَسْلَمَ أَهْلُهَا أَوْ فَتَحَتْ عَنُودَ وَقَسَمَتْ بَيْنَ الْغَانِمِينَ فَهِيَ أَرْضُ عُسْرٍ؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ إِلَى ابْتِدَاءِ التَّوْظِيْفِ عَلَى الْمُسْلِمِ وَالْعُشْرُ أَلْيَقُ بِهِ لَمَّا فِيهِ مِنْ مَعْنَى الْعِبَادَةِ، وَكَذَا هُوَ أَخْفُ حَيْثُ يَتَعَلَّقُ بِنَفْسِ الْخَارِجِ. (وَكُلُّ أَرْضٍ فَتَحَتْ عَنُودَ فَأَقْرَأَ أَهْلُهَا عَلَيْهَا فَهِيَ أَرْضُ خَرَاجٍ) وَكَذَا إِذَا صَالَحَهُمْ؛

لأنَّ الْحَاجَةَ إِلَى ابْتِدَاءِ التَّوْظِيفِ عَلَى الْكَافِرِ وَالْخَرَجُ أَلِيقُ بِهِ، وَمَكَّةُ مَخْصُوصَةٌ مِنْ هَذَا، فَإِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَتَحَهَا عَنْوَةً وَتَرَكَهَا لِأَهْلِهَا، وَلَمْ يُوظَّفِ الْخَرَجَ (وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ كُلُّ أَرْضٍ فَتَحَتْ عَنْوَةً فَوَصَلَ إِلَيْهَا مَاءُ الْأَنْهَارِ فَهِيَ أَرْضُ خَرَجٍ، وَمَا لَمْ يَصِلْ إِلَيْهَا مَاءُ الْأَنْهَارِ وَاسْتَخْرِجَ مِنْهَا عَيْنٌ فَهِيَ أَرْضُ عُسْرٍ؛ لِأَنَّ الْعُسْرَ يَتَعَلَّقُ بِالْأَرْضِ النَّامِيَةِ، وَتَمَازُؤُهَا بِمَائِهَا فَيُعْتَبَرُ السَّقْيُ بِمَاءِ الْعُسْرِ أَوْ بِمَاءِ الْخَرَجِ.

الشرح:

قَوْلُهُ وَالْخَرَجُ أَلِيقُ بِهِ يَعْني مِنْ حَيْثُ إِنَّ فِيهِ مَعْنَى الْعُقُوبَةِ، وَإِنَّ فِيهِ تَغْلِيظًا لَوْجُوبِهِ وَإِنَّ لَمْ يُزْرَعْ، وَالْكَافِرُ أَلِيقُ بِالْعُقُوبَةِ وَالتَّغْلِيظِ. وَكَانَ الْقِيَاسُ «فِي أَرْضِ مَكَّةَ أَنْ تَكُونَ خَرَجِيَّةً لِأَنَّهَا فَتَحَتْ عَنْوَةً: أَيُّ قَهْرًا، لَكِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ لَمْ يُوظَّفْ عَلَيْهَا الْخَرَجَ»، وَكَمَا لَا رِقَّ عَلَى الْعَرَبِ فَكَذَا لَا خَرَجَ فِي أَرْضِهِمْ (قَوْلُهُ وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ، إِلَى قَوْلِهِ: فَهِيَ أَرْضُ خَرَجٍ) يَعْني سَوَاءُ قُسِمَتْ بَيْنَ الْعَانِمِينَ أَوْ أُقِرَّ أَهْلُهَا عَلَيْهَا، وَذَكَرَ لَفْظُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِهَذِهِ الْفَائِدَةِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَوَاتًا فَهِيَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ مُعْتَبَرَةٌ بِحَيِّزِهَا، فَإِنْ كَانَتْ مِنْ حَيْزِ أَرْضِ الْخَرَجِ) وَمَعْنَاهُ بِقُرْبِهِ (فَهِيَ خَرَجِيَّةٌ)، وَإِنْ كَانَتْ مِنْ حَيْزِ أَرْضِ الْعُسْرِ فَهِيَ عُسْرِيَّةٌ (وَالْبَصْرَةُ عِنْدَهُ عُسْرِيَّةٌ بِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ)؛ لِأَنَّ حَيْزَ الشَّيْءِ يُعْطَى لَهُ حُكْمُهُ، كَفَنَاءِ الدَّارِ يُعْطَى لَهُ حُكْمُ الدَّارِ حَتَّى يَجُوزَ لِمُصَاحِبِهَا الْإِنْتِفَاعُ بِهِ. وَكَذَا لَا يَجُوزُ أَخْذُ مَا قَرُبَ مِنَ الْعَامِرِ، وَكَانَ الْقِيَاسُ فِي الْبَصْرَةِ أَنْ تَكُونَ خَرَجِيَّةً؛ لِأَنَّهَا مِنْ حَيْزِ أَرْضِ الْخَرَجِ، إِلَّا أَنَّ الصَّحَابَةَ وَظَفُّوا عَلَيْهَا الْعُسْرَ فَتَرَكَ الْقِيَاسُ لِإِجْمَاعِهِمْ (وَقَالَ مُحَمَّدٌ: إِنْ أَحْيَاهَا بِبُئْرِ حَفَرِهَا أَوْ بِعَيْنٍ اسْتَخْرَجَهَا أَوْ مَاءٍ دَجَلَتْ أَوْ الْفُرَاتِ أَوْ الْأَنْهَارِ الْعِظَامِ الَّتِي لَا يَمْلِكُهَا أَحَدٌ فَهِيَ عُسْرِيَّةٌ) وَكَذَا إِنْ أَحْيَاهَا بِمَاءِ السَّمَاءِ (وَإِنْ أَحْيَاهَا بِمَاءِ الْأَنْهَارِ الَّتِي احْتَفَرَهَا الْأَعَاجِمُ) مِثْلَ نَهْرِ الْمَلِكِ وَنَهْرِ يَزْدَجَرِدِ (فَهِيَ خَرَجِيَّةٌ) لَمَّا ذَكَرْنَا مِنْ اعْتِبَارِ الْمَاءِ إِذْ هُوَ السَّبَبُ لِلنَّمَاءِ وَلَئِنَّهُ لَا يُمَكِّنُ تَوْظِيفَ الْخَرَجِ ابْتِدَاءً عَلَى الْمُسْلِمِ كَرَاهًا فَيُعْتَبَرُ فِي ذَلِكَ الْمَاءُ؛ لِأَنَّ السَّقْيَ بِمَاءِ الْخَرَجِ دَلَالَةٌ لِلتَّزَامِهِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَمَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَوَاتًا فَهِيَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ مُعْتَبَرَةٌ بِحَيِّزِهَا) قِيلَ هَذَا

الإطلاقُ مَحْمُولٌ عَلَى الْمُقَيَّدِ، وَهُوَ مَا إِذَا كَانَ الْمُحْيِي مُسْلِمًا، وَأَمَّا إِذَا كَانَ ذِمِّيًّا فَعَلَيْهِ الْخَرَاجُ وَإِنْ كَانَتْ مِنْ حِيزِ أَرْضِ الْعُشْرِ، وَإِذَا كَانَ هَذَا مُقَيَّدًا بِكَوْنِهِ مُسْلِمًا وَجَبَ أَنْ يُقَيَّدَ قَوْلُهُمُ الْمُسْلِمَ لَا يُبْتَدَأُ بِتَوْطِيفِ الْخَرَاجِ بِأَلَّهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ مِنْهُ صَنِيعٌ يَقْتَضِي ذَلِكَ وَهُوَ السَّقْيُ مِنْ مَاءِ الْخَرَاجِ، إِذَا الْخَرَاجُ يَجِبُ جَبْرًا لِلْمُقَاتِلَةِ فَيَخْتَصُّ وَجُوبُ الْخَرَاجِ بِمَا يُسْقَى بِمَاءِ حِمَّتِهِ الْمُقَاتِلَةُ، وَالْمَاءُ الَّذِي حِمَّتُهُ الْمُقَاتِلَةُ مَاءُ الْخَرَاجِ، فَلِهَذَا يَجِبُ الْخَرَاجُ إِذَا سَقَاهُ بِمَاءِ الْخَرَاجِ، إِلَى هَذَا أَشَارَ شَمْسُ الْأَثَمَةِ (قَوْلُهُ وَالْبَصْرَةُ عِنْدَهُ عَشْرِيَّةٌ) جَوَابُ إِشْكَالٍ يَرُدُّ عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ فِيمَا ذَكَرَ أَنَّ الْإِحْيَاءَ فِي حِيزِ الْأَرْضِ الْخَرَاجِيَّةِ يَجْعَلُ الْأَرْضَ خَرَاجِيَّةً، وَالْبَصْرَةُ فِي حِيزِ الْأَرْضِ الْخَرَاجِيَّةِ وَإِنْ أَحْيَا فِيهَا مُسْلِمٌ يَجِبُ عَلَيْهِ الْعُشْرُ.

وَوَجْهُهُ أَنَّ الْقِيَاسَ ذَلِكَ لَكِنْ تُرِكَ ذَلِكَ بِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ (قَوْلُهُ لِأَنَّ حِيزَ الشَّيْءِ يُعْطَى لَهُ حُكْمُهُ) دَلِيلُ أَبِي يُوسُفَ عَلَى مَذْهَبِهِ (قَوْلُهُ كَفَنَاءُ الدَّارِ) يَعْنِي فَنَاءَ الدَّارِ يُعْطَى لَهُ حُكْمُ الدَّارِ فِي حَقِّ الِاتِّفَاعِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ الْفَنَاءُ مَمْلُوكًا لِصَاحِبِ الدَّارِ لِاتِّصَالِهِ بِمِلْكِهِ، فَكَذَا هَاهُنَا تُعْطَى هَذِهِ الْأَرْضُ الْحَيَاةُ حُكْمَ جَوَارِهَا لِاتِّصَالِهَا بِهِ، وَلَا يُظَنُّ فِي إِعَادَةِ قَوْلِهِ: " وَكَانَ الْقِيَاسُ فِي الْبَصْرَةِ أَنْ تَكُونَ خَرَاجِيَّةً " تَكَرَّرًا لِأَنَّ الْأَوَّلَ رِوَايَةُ الْقُدُورِيِّ وَالثَّانِي ذِكْرُهُ شَرْحًا لِلذَّكَاءِ. وَنَهَرُ الْمَلِكِ عَلَى طَرِيقِ الْكُوفَةِ مِنْ بَغْدَادَ، وَيَزْدَجِرْدُ مَلِكٌ مِنْ مُلُوكِ الْعَجَمِ (قَوْلُهُ لَمَّا ذَكَرْنَا) مِنْ قَبْلُ إِشَارَةً إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّ الْعُشْرَ يَتَعَلَّقُ بِالْأَرْضِ النَّامِيَةِ وَنَمَاؤُهَا بِمَائِهَا.

قَالَ (وَالْخَرَاجُ الَّذِي وَضَعَهُ عُمَرُ عَلَى أَهْلِ السَّوَادِ مِنْ كُلِّ جَرِيْبٍ يَبْلُغُهُ الْمَاءُ قَفِيرٌ هَاشِمِيٌّ وَهُوَ الصَّاعُ وَدِرْهَمٌ، وَمِنْ جَرِيْبِ الرُّطْبَةِ خَمْسَةُ دَرَاهِمٍ وَمِنْ جَرِيْبِ الْكَرْمِ الْمُتَّصِلِ وَالنَّخِيلِ الْمُتَّصِلِ عَشْرَةُ دَرَاهِمٍ) وَهَذَا هُوَ الْمَنْقُولُ عَنْ عُمَرَ، فَإِنَّهُ بَعَثَ عُثْمَانُ بْنُ حُنَيْفٍ حَتَّى يَمْسَحَ سَوَادَ الْعِرَاقِ، وَجَعَلَ حَذِيفَةً مُشْرِفًا عَلَيْهِ، فَمَسَحَ فَبَلَغَ سِتًّا وَثَلَاثِينَ أَلْفَ أَلْفِ جَرِيْبٍ وَوَضَعَ عَلَى ذَلِكَ مَا قُلْنَا، وَكَانَ ذَلِكَ بِمَحْضَرٍ مِنَ الصَّحَابَةِ مِنْ غَيْرِ تَكْيِيرٍ فَكَانَ إِجْمَاعًا مِنْهُمْ. وَلَأَنَّ الْمُؤَنَ مُتَّفَاوِتَةً فَالْكَرْمُ أَخْفَاهُ مُؤَنَةً وَالْمَزَارِعُ أَكْثَرُهَا مُؤَنَةً وَالرُّطْبُ بَيْنَهُمَا، وَالْوُظَيْفَةُ تَتَّفَاوَتْ بِتَفَاوُتِهَا فَجُعِلَ الْوَاجِبُ فِي الْكَرْمِ أَعْلَاهَا وَفِي الزَّرْعِ أَدْنَاهَا وَفِي الرُّطْبَةِ أَوْسَطُهَا. قَالَ: (وَمَا سِوَى ذَلِكَ مِنَ الْأَصْنَافِ كَالزَّعْفَرَانِ وَالْبُسْتَانِ وَغَيْرِهِ

يُوضَعُ عَلَيْهَا بِحَسَبِ الطَّاقَةِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ تَوْظِيفُ عُمَرٍ وَقَدْ اعْتَبَرَ الطَّاقَةَ فِي ذَلِكَ فَتَعْتَبَرُهَا فِيمَا لَا تَوْظِيفَ فِيهِ. قَالُوا: وَنَهَايَةُ الطَّاقَةِ أَنْ يَبْلُغَ الْوَاجِبُ نِصْفَ الْخَارِجِ لَا يَزِيدُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ التَّنْصِيفَ عَيْنُ الْإِنْصَافِ لَمَّا كَانَ لَنَا أَنْ نَقْسِمَ الْكُلَّ بَيْنَ الْغَانِمِينَ. وَالْبُسْتَانُ كُلُّ أَرْضٍ يَحُوطُهَا حَائِطٌ وَفِيهَا نَخِيلٌ مُتَفَرِّقَةٌ وَأَشْجَارٌ أُخَرُ وَفِي دِيَارِنَا وَظَفُوا مِنَ الدَّرَاهِمِ فِي الْأَرْضِ كُلِّهَا وَتَرِكَ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّ التَّقْدِيرَ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ بِقَدْرِ الطَّاقَةِ مِنْ أَيْ شَيْءٍ كَانَ.

قَالَ (فَإِنْ لَمْ تُطِيقْ مَا وَضَعَ عَلَيْهَا نَقَصَهُمُ الْإِمَامُ) وَالتَّقْصَانُ عِنْدَ قَلْتِ الرَّبْعِ جَائِزٌ بِالْإِجْمَاعِ؛ أَلَا تَرَى إِلَى قَوْلِ عُمَرَ: لَعَلَّكُمْ حَمَلْتُمَا الْأَرْضَ مَا لَا تُطِيقُ، فَقَالَا: لَا بَلْ حَمَلْنَاهَا مَا تُطِيقُ، وَلَوْ زِدْنَا لِطَاقَتِ. وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى جَوَازِ التَّقْصَانِ، وَأَمَّا الزِّيَادَةُ عِنْدَ زِيَادَةِ الرَّبْعِ يَجُوزُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ اعْتِبَارًا بِالتَّقْصَانِ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ عُمَرَ لَمْ يَزِدْ حِينَ أَخْبَرَ بِزِيَادَةِ الطَّاقَةِ (وَأِنْ غَلَبَ عَلَى أَرْضِ الْخَرَاجِ الْمَاءُ أَوْ انْقَطَعَ الْمَاءُ عَنْهَا أَوْ اصْطَلَمَ الزَّرْعُ أَفْتًا فَلَا خَرَاجَ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ فَاتَ التَّمَكُّنُ مِنَ الزَّرَاعَةِ وَهُوَ النَّمَاءُ التَّقْدِيرِيُّ الْمُعْتَبَرُ فِي الْخَرَاجِ، وَفِيمَا إِذَا اصْطَلَمَ الزَّرْعُ أَفْتًا فَاتَ النَّمَاءُ التَّقْدِيرِيُّ فِي بَعْضِ الْحَوْلِ وَكَوْنُهُ نَامِيًا فِي جَمِيعِ الْحَوْلِ شَرْطٌ كَمَا فِي مَالِ الزُّكَاةِ أَوْ يُدَارُ الْحُكْمُ عَلَى الْحَقِيقَةِ عِنْدَ خُرُوجِ الْخَارِجِ. قَالَ (وَأِنْ عَطَلَهَا صَاحِبُهَا فَعَلَيْهِ الْخَرَاجُ؛ لِأَنَّ التَّمَكُّنَ كَانَ ثَابِتًا وَهُوَ الَّذِي قُوَّتُهُ. قَالُوا: مَنْ انْتَقَلَ إِلَى أَحْسَنِ الْأُمُورِ مِنْ غَيْرِ عُدْرٍ فَعَلَيْهِ خَرَاجُ الْأَعْلَى؛ لِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي ضَيَّعَ الزِّيَادَةَ، وَهَذَا يُعْرِفُ وَلَا يُفْتَى بِهِ كَيْ لَا يَتَجَرَّأَ الظَّالِمَةُ عَلَى أَخْذِ أَمْوَالِ النَّاسِ).

الشرح:

قَالَ (وَالْخَرَاجُ الَّذِي وَضَعَهُ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ) اعْلَمْ أَنَّ الْخَرَاجَ عَلَى تَوْعَيْنٍ: خَرَاجُ وَظِيفَةٍ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ الْوَاجِبُ فِي الذِّمَّةِ يَتَعَلَّقُ بِالتَّمَكُّنِ مِنَ الْاِسْتِغْنَاءِ بِالْأَرْضِ (فِي كُلِّ جَرِيبٍ) وَهُوَ أَرْضٌ طُولُهَا سِتُّونَ ذِرَاعًا وَعَرْضُهَا سِتُّونَ بِذِرَاعِ الْمَلِكِ كِسْرَى وَهُوَ يَزِيدُ عَلَى ذِرَاعِ الْعَامَّةِ بِقَبْضَةٍ (قَفِيزٌ هَاشِمِيٌّ وَهُوَ الصَّاعُ) مِنْ حِنْطَةٍ أَوْ شَعِيرٍ عَلَى مَا قَالَ الْإِمَامُ قَاضِي خَانَ فِي فِتْوَاهُ أَوْ مِمَّا يُزْرَعُ فِيهَا عَلَى مَا ذَكَرَ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ (وَدَرَاهِمَ) قَوْلُهُ فَالْكَرْمُ أَحْفُفُهَا يَعْنِي وَأَكْثَرُهَا رِبْعًا لِأَنَّهُ يَبْقَى عَلَى الْأَبَدِ بِلَا مُؤَنَّةٍ (وَالْمَزَارِعُ أَكْثَرُهَا مُؤَنَّةً) لَاحْتِيَاجِهَا إِلَى الزَّرَاعَةِ وَإِلْقَاءِ الْبَذْرِ فِي كُلِّ عَامٍ (وَالرُّطْبُ

يَتَنَهُمَا) لِأَنَّهَا تَبْقَى أَعْوَامًا وَلَا تَذَوُّمَ الدَّوَامِ الْكُرُومِ فَكَانَتْ مُؤْتَتْهَا فَوْقَ مُؤْتَةِ الْكُرُومِ
وَدُونَ مُؤْتَةِ الْمَزَارِعِ. وَخَرَجُ مَقَاسِمَةٍ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ الْوَاجِبُ شَيْئًا مِنَ الْخَارِجِ كَالْخُمْسِ
وَالسُّدُسِ وَنَحْوِ ذَلِكَ (لَأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ تَوْظِيفُ عَمَلٍ) فَتَعْتَبَرُ فِيهِ الطَّاقَةُ كَمَا اعْتَبَرَهَا فِي
الْمَوْطَفِ، وَمِنْ الْإِنْصَافِ أَنْ لَا يُزَادَ عَلَى النِّصْفِ (قَوْلُهُ وَالْبُسْتَانُ كُلُّ أَرْضٍ يَحُوطُهَا
حَائِطٌ) ظَاهِرٌ (وَإِنْ غَلَبَ عَلَى أَرْضِ الْخَرَاجِ الْمَاءُ أَوْ انْقَطَعَ عَنْهَا فَلَا خَرَاجَ عَلَيْهِ)
بِالِاتِّفَاقِ لِأَنَّهُ فَاتَ التَّمَكُّنُ مِنَ الزَّرَاعَةِ وَهُوَ التَّمَاءُ التَّقْدِيرِيُّ الْمُعْتَبَرُ فِي الْخَرَاجِ، وَفِيمَا إِذَا
اصْطَلَمَ الزَّرْعُ آفَةً) أَيِ اسْتَأْصَلَهُ حَرٌّ شَدِيدٌ أَوْ بَرْدٌ شَدِيدٌ أَوْ نَحْوُ ذَلِكَ فَلَا خَرَاجَ
أَيْضًا (لَأَنَّهُ فَاتَ التَّمَاءُ التَّقْدِيرِيُّ) الَّذِي أُقِيمَ مَقَامَ التَّمَاءِ الْحَقِيقِيِّ (فِي بَعْضِ الْحَوْلِ
وَكَوْنُهُ نَامِيًا فِي جَمِيعِ الْحَوْلِ شَرْطٌ كَمَا فِي مَالِ الزَّكَاةِ) فَإِنْ مَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً
لِلتَّجَارَةِ فَمَضَى عَلَيْهَا سِتَّةَ أَشْهُرٍ ثُمَّ تَوَاهَا لِلخِدْمَةِ سَقَطَتِ الزَّكَاةُ لِأَنَّهَا لَمْ تَبْقَ نَامِيَةً
فِي جَمِيعِ الْحَوْلِ (أَوْ) يُقَالُ (يُذَارُ الْحُكْمُ عَلَى الْحَقِيقَةِ عِنْدَ خُرُوجِ الْخَارِجِ) يَعْنِي أَنَّ
التَّمَاءَ التَّقْدِيرِيَّ كَانَ قَائِمًا مَقَامَ الْحَقِيقِيِّ، فَلَمَّا وَجَدَ الْحَقِيقِيُّ تَعْلُقَ الْحُكْمَ بِهِ لِكَوْنِهِ
الْأَصْلَ وَقَدْ هَلَكَ فِيهِلْكُ مَعَهُ الْخَرَاجُ. فَإِنْ قِيلَ: إِذَا اسْتَأْجَرَ أَرْضًا لِلزَّرَاعَةِ فَاصْطَلَمَ
الزَّرْعُ آفَةً لَمْ تَسْقُطِ الْأَجْرَةُ فَمَا الْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْخَرَاجِ؟ أَجِيبَ بِأَنَّ الْأَجْرَ يَجِبُ إِلَى
وَقْتُ هَلَكَ الزَّرْعِ لَا بَعْدَهُ، وَلَيْسَ الْأَجْرُ كَالْخَرَاجِ لِأَنَّهُ وُضِعَ عَلَى مِقْدَارِ الْخَارِجِ إِذَا
صَلَحَتِ الْأَرْضُ لِلزَّرَاعَةِ، فَإِذَا لَمْ يَخْرُجْ شَيْءٌ جَارٍ إِسْقَاطُهُ وَالْأَجْرُ لَمْ يُوضَعْ عَلَى مِقْدَارِ
الْخَارِجِ فَجَارٍ إِجْبَائُهُ وَإِنْ لَمْ تُخْرَجْ. ثُمَّ قَالَ مَشَايخُنَا: مَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ أَنَّ الْخَرَاجَ
يَسْقُطُ بِالْإِصْطِلَامِ مَحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا لَمْ يَبْقَ مِنَ السَّنَةِ مِقْدَارٌ مَا يُمَكِّنُ أَنْ تُزْرَعَ
الْأَرْضُ ثَانِيًا، أَمَّا إِذَا بَقِيَ فَلَا يَسْقُطُ الْخَرَاجُ. قَالَ (وَإِنْ عَطَلَهَا صَاحِبُهَا فَعَلَيْهِ الْخَرَاجُ)
إِذَا عَطَلَ الْأَرْضَ الْخَرَاجِيَّةَ صَاحِبُهَا فَعَلَيْهِ الْخَرَاجُ لِأَنَّ التَّمَكُّنَ كَانَ ثَابِتًا وَهُوَ الَّذِي
فَوَّتَهُ. قِيلَ هَذَا إِذَا كَانَتْ الْأَرْضُ صَالِحَةً لِلزَّرَاعَةِ وَالْمَالِكُ مُتَمَكِّنٌ مِنَ الزَّرَاعَةِ وَعَطَلَهَا،
أَمَّا إِذَا عَجَزَ الْمَالِكُ عَنِ الزَّرَاعَةِ بِاعْتِبَارِ عَدَمِ قُوَّتِهِ وَأَسْبَابِهِ فَلِلْإِمَامِ أَنْ يَذْفَعَهَا إِلَى غَيْرِهِ
مُزَارَعَةً وَيَأْخُذَ الْخَرَاجَ مِنْ نَصِيبِ الْمَالِكِ وَيُمْسِكُ الْبَاقِي لَهُ، وَإِنْ شَاءَ آجَرَهَا وَأَخَذَ
ذَلِكَ مِنَ الْأَجْرَةِ، وَإِنْ شَاءَ زَرَعَهَا بِنَفَقَةٍ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ، فَإِنْ لَمْ يَتِمَّكَّنْ وَلَمْ يَجِدْ مَنْ
يَقْبَلُ ذَلِكَ بَاعَهَا وَأَخَذَ الْخَرَاجَ مِنْ ثَمَنِهَا، وَهَذَا بِلا خِلَافٍ وَإِنْ كَانَ فِيهِ نَوْعٌ حَجَرٍ

وَهُوَ ضَرَرٌ وَلَكِنَّهُ إِلْحَاقُ ضَرَرٍ بِوَاحِدٍ لِلْعَامَّةِ (قَوْلُهُ قَالُوا) يَعْنِي الْمَشَايخَ (مَنْ اِثْتَقَلَ إِلَى أَحْسَنِ الْأَمْرَيْنِ مِنْ غَيْرِ غُذْرٍ) بِأَنْ كَانَتْ الْأَرْضُ صَالِحَةً لِلزَّرَاعَةِ لِلأَعْلَى وَهُوَ الزُّعْفَرَانُ مَثَلًا فَزَرَعَ الشَّعِيرَ مَثَلًا. (وَجَبَ خَرَاغُ الزُّعْفَرَانِ لِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي ضَيَّعَ الزِّيَادَةَ، وَهَذَا يُعْرِفُ وَلَا يُقْتَى بِهِ كَيْ لَا يَتَجَرَّأُ الظَّلْمَةُ عَلَى أَخْذِ أَمْوَالِ النَّاسِ) وَرَدَّ بِأَنَّهُ كَيْفَ يَجُوزُ الْكُثْمَانُ وَأَنَّهُمْ لَوْ أَخَذُوا كَانَ فِي مَوْضِعِهِ لَكُونُهُ وَاجِبًا، وَأَجِيبَ بَأَنَّا لَوْ أَفْتَيْنَا بِذَلِكَ لَادَّعَى كُلُّ ظَالِمٍ فِي أَرْضٍ لِنَسْ شَأْنَهَا ذَلِكَ أَنَّهَا قَبْلَ هَذَا كَانَتْ تُزْرَعُ الزُّعْفَرَانُ فَيَأْخُذُ خَرَاغَ ذَلِكَ وَهُوَ ظَلَمٌ وَعُدْوَانٌ.

(وَمَنْ أَسْلَمَ مِنْ أَهْلِ الْخَرَاغِ أَخَذَ مِنْهُ الْخَرَاغُ عَلَى حَالِهِ؛ لِأَنَّهُ فِيهِ مَعْنَى الْمُؤَنَةِ فَيُعْتَبَرُ مُؤَنَةً فِي حَالَةِ الْبَقَاءِ فَأَمَّا إِبْقَاؤُهُ عَلَى الْمُسْلِمِ (وَيَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِيَ الْمُسْلِمُ أَرْضَ الْخَرَاغِ مِنَ الدِّمِيِّ وَيُؤْخَذَ مِنْهُ الْخَرَاغُ لَمَّا قُلْنَا)، وَقَدْ صَحَّ أَنَّ الصَّحَابَةَ اشْتَرَوْا أَرْضِي الْخَرَاغِ وَكَانُوا يُؤْذِنُونَ خَرَاغَهَا، فَدَلَّ عَلَى جَوَازِ الشِّرَاءِ وَأَخَذِ الْخَرَاغِ وَأَدَّاهُ لِلْمُسْلِمِ مِنْ غَيْرِ كَرَاهَةٍ (وَلَا عُسْرَ فِي الْخَارِجِ مِنْ أَرْضِ الْخَرَاغِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُجْمَعُ بَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّهُمَا حَقَّانِ مُخْتَلَفَانِ وَجِبَا فِي مَحَلِّينِ بِسَبَبَيْنِ مُخْتَلَفَيْنِ فَلَا يَتَنَاقِضَانِ. وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا يَجْتَمِعُ عُسْرٌ وَخَرَاغٌ فِي أَرْضِ مُسْلِمٍ»^(١)، وَلَأَنَّ أَحَدًا مِنَ أَئِمَّةِ الْعَدْلِ وَالْجَوْرِ لَمْ يَجْمَعْ بَيْنَهُمَا، وَكَفَى بِإِجْمَاعِهِمْ حُجَّةً؛ وَلَأَنَّ الْخَرَاغَ يَجِبُ فِي أَرْضٍ فَتُحْتِ عَنْوَةً قَهْرًا، وَالْعُسْرُ فِي أَرْضٍ أَسْلَمَ أَهْلُهَا طَوْعًا، وَالْوُصْفَانِ لَا يَجْتَمِعَانِ فِي أَرْضٍ وَاحِدَةٍ، وَسَبَبُ الْحَقِّينِ وَاحِدٌ وَهُوَ الْأَرْضُ النَّامِيَّةُ إِلَّا أَنَّهُ يُعْتَبَرُ فِي الْعُسْرِ تَحْقِيقًا وَفِي الْخَرَاغِ تَقْدِيرًا، وَلِهَذَا يُضَافَانِ إِلَى الْأَرْضِ، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ الزَّكَاةُ مَعَ أَحَدِهِمَا.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَمَنْ أَسْلَمَ مِنْ أَهْلِ الْخَرَاغِ) ظَاهِرٌ. قَوْلُهُ مِنْ غَيْرِ كَرَاهَةٍ احْتِرَازٌ عَمَّا يَقُولُهُ الْمُتَقَشِّمَةُ وَهُمْ طَائِفَةٌ مِنَ الصُّوفِيَّةِ إِنَّهُ مَكْرُوءَةٌ، لِأَنَّ «النَّبِيَّ ﷺ» رَأَى شَيْئًا مِنْ آيَاتِ الْحَرَاةِ فَقَالَ: مَا دَخَلَ هَذَا بَيْتَ قَوْمٍ إِلَّا ذُلُّوا» ظَنُّوا أَنَّ الْمُرَادَ بِالذُّلِّ التَّزَامُ الْخَرَاغِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ، بَلِ الْمُرَادُ أَنَّ الْمُسْلِمِينَ إِذَا اسْتَعْلَوْا بِالزَّرَاعَةِ وَاتَّبَعُوا أَذْنَابَ الْبَقَرِ وَقَعَدُوا عَنْ الْجِهَادِ كَرَّ عَلَيْهِمْ عَدُوُّهُمْ وَجَعَلَهُمْ أَذِلَّةً، وَلَأَنَّ الصَّغَارَ إِنْ كَانَ قَائِمًا يَكُونُ فِي الْوَضْعِ

(١) أخرجه ابن عدي في الكامل (٢٥٥/٧)، وانظر نصب الراية (٦٦٧/٣).

إِبْتِدَاءً وَأَمَّا بَقَاءُ فَلَا، بِخِلَافِ خَرَجِ الرُّعُوسِ فَإِنَّهُ ذُلٌّ وَصَغَارٌ إِبْتِدَاءً وَبَقَاءٌ فَلِذَلِكَ لَا يَبْقَى بَعْدَ الْإِسْلَامِ.

(قَوْلُهُ وَجَبَا فِي مَحَلِّينِ بِسَبَبَيْنِ مُخْتَلَفَيْنِ) يَعْنِي وَلِمَصْرِفَيْنِ مُخْتَلَفَيْنِ، أَمَّا اخْتِلَافُ الْمَحَلِّ فَلَأَنَّ الْخَرَاجَ فِي ذِمَّةِ الْمَالِكِ وَالْعُشْرَ فِي الْخَارِجِ، وَأَمَّا اخْتِلَافُ السَّبَبِ فَلَأَنَّ سَبَبَ الْخَرَاجِ الْأَرْضُ النَّامِيَّةُ تَقْدِيرًا، وَسَبَبُ الْعُشْرِ الْأَرْضُ النَّامِيَّةُ تَحْقِيقًا. وَأَمَّا اخْتِلَافُ الْمَصْرِفِ فَإِنَّ مَصْرِفَ الْخَرَاجِ الْمُقَاتِلَةَ وَمَصْرِفَ الْعُشْرِ الْفُقَرَاءَ (فَلَا يَتَنَافِيَانِ) لِأَنَّ التَّنَافِيَّ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ بِاتِّحَادِ الْمَحَلِّ (وَلَنَا قَوْلُهُ ﷺ: «لَا يَجْتَمِعُ عُشْرٌ وَخَرَاجٌ فِي أَرْضٍ مُسْلِمٍ»)
رَوَاهُ أَبُو حَنِيفَةَ عَنْ حَمَّادٍ عَنْ إِبْرَاهِيمَ عَنْ عَلْقَمَةَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ. قَوْلُهُ وَالْوَصْفَانِ لَا يَجْتَمِعَانِ) لِأَنَّ الطَّوْعَ ضِدُّ الْكُرْهِ الْحَاصِلِ مِنَ الْقَهْرِ، وَإِذَا لَمْ يَجْتَمِعِ السَّبَبَانِ لَمْ يَتَبَيَّنِ الْحُكْمَانِ (قَوْلُهُ وَلِهَذَا يُضَافَانِ إِلَى الْأَرْضِ) يُقَالُ عُشْرُ الْأَرْضِ وَخَرَاجُ الْأَرْضِ. وَقَوْلُهُ (وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ الزَّكَاةُ مَعَ أَحَدِهِمَا) أَيُّ الْعُشْرِ أَوْ الْخَرَاجِ.

صُورَتُهُ: رَجُلٌ اشْتَرَى أَرْضَ عُشْرِ أَوْ خَرَاجٍ لِلتَّجَارَةِ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ زَكَاةُ التَّجَارَةِ مَعَ الْعُشْرِ أَوْ الْخَرَاجِ عِنْدَنَا، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ أَنَّ عَلَيْهِ زَكَاةَ التَّجَارَةِ مَعَ الْعُشْرِ أَوْ الْخَرَاجِ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ. وَمَقَرَّعُهُمَا تَوَهُّمُ اخْتِلَافِ الْمَحَلِّينِ أَنَّ مَحَلَّ الْعُشْرِ الْخَارِجُ وَمَحَلَّ الزَّكَاةِ عَيْنُ مَالِ التَّجَارَةِ وَهُوَ الْأَرْضُ فَلَمْ يَجْتَمِعَا فِي مَحَلٍّ وَاحِدٍ، فَوُجُوبُ أَحَدِهِمَا لَا يَمْنَعُ وَجُوبَ الْآخَرِ كَالَّذِينَ مَعَ الْعُشْرِ. وَلَنَا أَنَّ الْمَحَلَّ وَاحِدٌ لِأَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا مُؤَنَّةُ الْأَرْضِ النَّامِيَّةِ، وَكَذَلِكَ الزَّكَاةُ وَظِيفَةُ الْمَالِ النَّامِي وَهُوَ الْأَرْضُ، وَكُلُّ مِنْهُمَا يَجِبُ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى فَلَا يَجِبُ بِسَبَبِ مَلِكٍ مَالٍ وَاحِدٍ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى، كَمَا لَا تَجِبُ زَكَاةُ السَّائِمَةِ وَزَكَاةُ التَّجَارَةِ بِاعْتِبَارِ مَالٍ وَاحِدٍ. وَإِذَا تَبَيَّنَ أَنَّهُ لَا وَجْهَ لِلْجَمْعِ بَيْنَهُمَا.

قُلْنَا الْعُشْرُ وَالْخَرَاجُ صَارَا وَظِيفَتَيْنِ لَارِمَتَيْنِ لِهَذِهِ الْأَرْضِ فَلَا يَسْقُطَانِ بِإِسْقَاطِ الْمَالِكِ وَهُوَ أَسْبَقُ ثُبُوتًا مِنْ زَكَاةِ التَّجَارَةِ الَّتِي كَانَ وَجُوبُهَا بِنِيَّةٍ فَلِهَذَا بَقِيََتْ عُشْرِيَّةٌ وَخَرَاجِيَّةٌ كَمَا كَانَتْ وَبِقَوْلِهِ وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَجِبُ حَقًّا لِلَّهِ خَرَجَ الْجَوَابُ عَنْ وَجُوبِ الدِّينِ مَعَ الْعُشْرِ، فَإِنَّ الدِّينَ يَجِبُ لِلْعَبْدِ وَالْعُشْرُ لِلَّهِ تَعَالَى فَلَا تَنَافِيَّ بَيْنَهُمَا فَيَجِبَانِ وَإِنْ كَانَا بِسَبَبِ مَلِكٍ وَاحِدٍ، وَالْبَاقِي ظَاهِرٌ.

(وَلَا يَتَكَرَّرُ الْخَرَاجُ بِتَكَرُّرِ الْخَارِجِ فِي سَنَتَيْنِ)؛ لِأَنَّ عُمَرَ لَمْ يُوظِّفْهُ مُكَرَّرًا، بِخِلَافِ

الْعُشْرِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَحَقَّقُ عُشْرًا إِلَّا بِوُجُوبِهِ فِي كُلِّ خَارِجٍ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ الْجِزْيَةِ

(وَهِيَ عَلَى ضَرَبَيْنِ: جِزْيَةٌ تُوضَعُ بِالتَّرَاضِي وَالصُّلْحِ فَتَقْدَرُ بِحَسَبِ مَا يَقَعُ عَلَيْهِ
الِاتِّفَاقُ) كَمَا «صَالَحَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَهْلَ نَجْرَانَ عَلَى أَلْفٍ وَمِائَتِي حُلَّةٍ»^(١)، وَلَأَنَّ الْمَوْجِبَ
هُوَ التَّرَاضِي فَلَا يَجُوزُ التَّعْدِي إِلَى غَيْرِ مَا وَقَعَ عَلَيْهِ الْإِتِّفَاقُ (وَجِزْيَةٌ يَبْتَدِئُ الْإِمَامُ
وَضَعَهَا إِذَا غَلَبَ الْإِمَامُ عَلَى الْكُفَّارِ، وَأَقْرَهُمْ عَلَى أَمْلَاكِهِمْ، فَيَضَعُ عَلَى الْغَنِيِّ الظَّاهِرِ
الْغَنَى فِي كُلِّ سَنَةٍ ثَمَانِيَّةً وَأَرْبَعِينَ دِرْهَمًا يَأْخُذُ مِنْهُمْ فِي كُلِّ شَهْرٍ أَرْبَعَةَ دَرَاهِمَ. وَعَلَى
وَسَطِ الْحَالِ أَرْبَعَةَ وَعِشْرِينَ دِرْهَمًا فِي كُلِّ شَهْرٍ دِرْهَمَيْنِ، وَعَلَى الْفَقِيرِ الْمُعْتَمِلِ اثْنَيْ
عَشَرَ دِرْهَمًا فِي كُلِّ شَهْرٍ دِرْهَمًا) وَهَذَا عِنْدَنَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَضَعُ عَلَى كُلِّ حَالِمٍ
دِينَارًا أَوْ مَا يَعْدِلُ الدِّينَارَ، وَالْغَنِيُّ وَالْفَقِيرُ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ «لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ
لَمُعَاذٍ: خُذْ مِنْ كُلِّ حَالِمٍ وَحَالِمَةٍ دِينَارًا أَوْ عِدْلَهُ مَعَاوِرَ»^(٢) مِنْ غَيْرِ فَصْل.

وَلَأَنَّ الْجِزْيَةَ إِنَّمَا وَجِبَتْ بَدَلًا عَنِ الْقَتْلِ حَتَّى لَا تَجِبَ عَلَى مَنْ لَا يَجُوزُ قَتْلُهُ بِسَبَبِ
الْكُفْرِ كَالذَّرَارِيِّ وَالنِّسْوَانِ، وَهَذَا الْمَعْنَى يَنْتَظِمُ الْفَقِيرُ وَالْغَنِيُّ. وَمَذْهَبُنَا مَنْقُولٌ عَنْ عُمَرَ
وَعُثْمَانَ وَعَلِيٍّ، وَلَمْ يَنْكُرْ عَلَيْهِمْ أَحَدٌ مِنَ الْمُهَاجِرِينَ وَالْأَنْصَارِ؛ وَلَأَنَّهُ وَجِبَ نُصْرَةٌ لِلْمُقَاتِلَةِ
فَتَجِبُ عَلَى التَّفَاوُتِ بِمَنْزِلَةِ خَرَاجِ الْأَرْضِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ وَجِبَ بَدَلًا عَنِ النُّصْرَةِ بِالنَّفْسِ وَالْمَالِ
وَذَلِكَ يَتَّفَاقُ بِكَثْرَةِ الْوَفْرِ وَقِلَّتِهِ، فَكَذَا أَجْرَتُهُ هُوَ بَدَلُهُ، وَمَا رَوَاهُ مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ كَانَ ذَلِكَ
صُلْحًا، وَلِهَذَا أَمَرَهُ بِالْأَخْذِ مِنَ الْحَالِمَةِ وَإِنْ كَانَتْ لَا يُؤْخَذُ مِنْهَا الْجِزْيَةُ.

الشرح:

(بَابُ الْجِزْيَةِ): لَمَّا فَرَّغَ مِنْ ذِكْرِ خَرَاجِ الْأَرْضِ ذَكَرَ فِي هَذَا الْبَابِ خَرَاجَ
الرُّعُوسِ وَهُوَ الْجِزْيَةُ، إِلَّا أَنَّهُ قَدَّمَ الْأَوَّلَ لِأَنَّ الْعُشْرَ يُشَارِكُهُ فِي سَبَبِهِ، وَفِي الْعُشْرِ مَعْنَى
الْقُرْبَةِ وَبَيَانُ الْقُرْبَاتِ مُقَدَّمٌ. وَالْجِزْيَةُ اسْمٌ لَمَّا يُؤْخَذُ مِنْ أَهْلِ الذِّمَّةِ وَالْجَمْعُ الْجِزْيُ
كَاللَّحْيَةِ وَاللَّحَى، وَإِنَّمَا سُمِّيَتْ بِهَا لِأَنَّهَا تُجْزَى عَنِ الذِّمَّةِ: أَيُّ تَقْضِي وَتَكْفِي عَنْ

(١) أخرجه أبو داود (٣٠٤١)، وانظر نصب الراية (٦٧١/٣).

(٢) أخرجه أبو داود (١٥٧٨)، والترمذي في الزكاة باب ما جاء في زكاة البقر، والنسائي

(٢٢٩٩)، وابن ماجه (١٨٠٣)، وأحمد (٢٣٠/٥، ٢٣٣، ٢٤٧)، وانظر نصب الراية

(٦٧١/٣).

الْقَتْلُ، فَإِنَّهُ إِذَا قَبِلَهَا سَقَطَ عَنْهُ الْقَتْلُ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿ قَتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ ﴾ [التوبة: ٢٩] إِلَى قَوْلِهِ: ﴿ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ ﴾ [التوبة: ٢٩] فَإِنْ قِيلَ الْكُفْرُ مَعْصِيَةٌ وَهُوَ أَعْظَمُ الْكِبَائِرِ فَكَيْفَ يَصِحُّ اخْتِذُ الْبَدَلِ عَلَى تَقْرِيرِهِ؟ أَجِيبُ بِأَنَّ الْجِزْيَةَ لَمْ تَكُنْ بَدَلًا عَنْ تَقْرِيرِ الْكُفْرِ، وَإِنَّمَا هِيَ عَوَضٌ عَنْ تَرْكِ الْقَتْلِ وَالِاسْتِرْفَاقِ الْوَاجِبَيْنِ فَجَازَ كَاسْقَاطِ الْقِصَاصِ بِعَوَضٍ، أَوْ هِيَ عُقُوبَةٌ عَلَى الْكُفْرِ فَيَجُوزُ كَالِاسْتِرْفَاقِ (قَوْلُهُ وَهِيَ عَلَى صَرْتَيْنِ) ظَاهِرٌ. وَتَجَرَّانِ بِلَادَ وَأَهْلُهَا نَصَارَى، وَالْحُلَّةُ إِزَارٌ وَرِدَاءٌ هُوَ الْمُخْتَارُ، وَلَا تُسَمَّى حُلَّةً حَتَّى تَكُونَ ثَوْبَيْنِ. وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّ الْمَوْجِبَ هُوَ التَّرَاضِي) أَيُّ الْمَوْجِبِ لَتَقْرِيرِ مَا وَقَعَ عَلَيْهِ الْإِتِّفَاقُ مِنَ الْمَالِ هُوَ التَّرَاضِي لَا الْمَوْجِبُ لَوُجُوبِ الْجِزْيَةِ، فَإِنَّ مُوجِبَهُ فِي الْأَصْلِ اخْتِيَارُهُمُ الْبَقَاءَ عَلَى الْكُفْرِ بَعْدَ أَنْ غَلَبُوا. وَقَوْلُهُ (فَيَضَعُ عَلَى الْعِنْيِ الظَّاهِرَ الْغَنَى).

قَالَ الْإِمَامُ فَخْرُ الْإِسْلَامِ: مَنْ مَلَكَ مَا دُونَ الْمِائَتَيْنِ أَوْ لَا يَمْلِكُ شَيْئًا لَكِنَّهُ مُعْتَمِلٌ فَعَلَيْهِ اثْنَا عَشَرَ، وَمَنْ مَلَكَ مِائَتَيْنِ دِرْهَمٍ فَصَاعِدًا إِلَى عَشْرَةِ آلَافٍ دِرْهَمٍ وَهُوَ مُعْتَمِلٌ أَيْضًا فَعَلَيْهِ أَرْبَعَةٌ وَعِشْرُونَ دِرْهَمًا، وَمَنْ مَلَكَ عَشْرَةَ آلَافٍ دِرْهَمٍ فَصَاعِدًا إِلَى مَا لَا نِهَآيَةَ لَهُ وَهُوَ مُعْتَمِلٌ أَيْضًا فَعَلَيْهِ ثَمَانِيَّةٌ وَأَرْبَعُونَ. ثُمَّ قَالَ: وَإِنَّمَا شَرَطُ الْمُعْتَمِلِ لِأَنَّ الْجِزْيَةَ عُقُوبَةٌ فَإِنَّمَا تَجِبُ عَلَى مَنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الْقِتَالِ حَتَّى لَا يَلْزَمَ الزَّيْمُ مِنْهُمْ جِزْيَةٌ وَإِنْ كَانَ مُفْرَطًا فِي الْيَسَارِ. قَالَ: وَالْمُعْتَمِلُ هُوَ الَّذِي يَقْدِرُ عَلَى الْعَمَلِ وَإِنْ لَمْ يُحْسِنْ حِرْفَةً. وَكَانَ الْفَقِيهَ أَبُو جَعْفَرٍ يَقُولُ: يُنْظَرُ إِلَى عَادَةِ كُلِّ بَلَدٍ لِأَنَّ عَادَةَ الْبُلْدَانِ مُخْتَلَفَةٌ فِي الْغَنَى، أَلَا تَرَى أَنَّ صَاحِبَ خَمْسِينَ أَلْفًا يَبْلُغُ يُعَدُّ مِنَ الْمُكْثَرِينَ وَإِنْ كَانَ بَعْدَادَ أَوْ بِالْبَصْرَةِ لَا يُعَدُّ مِنَ الْمُكْثَرِينَ، وَفِي بَعْضِ الْبُلْدَانِ صَاحِبُ عَشْرَةِ آلَافٍ يُعَدُّ مِنَ الْمُكْثَرِينَ، فَيَعْتَبَرُ عَادَةُ كُلِّ بَلَدٍ وَذَكَرَ هَذَا الْقَوْلَ عَنْ أَبِي نَصْرِ مُحَمَّدِ بْنِ سَلَامٍ وَقَوْلُهُ ﷺ: «مَنْ كُلَّ حَالِمٍ وَحَالِمَةٍ» مَعْنَاهُ بَالِغٌ وَبَالِغَةٌ (أَوْ عَدْلُهُ مَعَاوِرٌ) أَيُّ أَوْ خُذْ مِثْلَ دِينَارٍ بُرْدًا مِنْ هَذَا الْجِنْسِ يُقَالُ ثَوْبٌ مَعَاوِرِيٌّ مَنْسُوبٌ إِلَى مَعَاوِرِ بْنِ مُرٍّ ثُمَّ صَارَ لَهُ اسْمًا بَغِيرَ نِسْبَةٍ. وَذَكَرَ فِي الْفَوَائِدِ الظَّهْرِيَّةِ مَعَاوِرَ حَيٍّ مِنْ هَمْدَانَ يُنْسَبُ إِلَيْهِ هَذَا التَّوْعُ مِنَ الثِّيَابِ وَعَدْلُ الشَّيْءِ يَفْتَحُ الْعَيْنَ مِثْلَهُ إِذَا كَانَ مِنْ خِلَافِ جَنْسِهِ وَبِالْكَسْرِ مِثْلُهُ مِنْ جَنْسِهِ (قَوْلُهُ وَلَآئِهِ وَجَبَ نُصْرَةٌ لِلْمُقَاتِلَةِ) وَكُلُّ مَا وَجَبَ نُصْرَةٌ لِلْمُقَاتِلَةِ وَجَبَ مُتَفَاوِئًا

(كَمَا فِي خَرَاجِ الْأَرْضِ) وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ وَلَائِكَ وَجَبَ نُصْرَةُ الْمُقَاتِلَةِ: يَعْنِي وَإِنَّمَا قُلْنَا إِنَّ الْجَزِيَّةَ وَجَبَتْ نُصْرَةَ الْمُقَاتِلَةِ لِأَنَّهَا تَجِبُ بَدَلًا عَنْ النُّصْرَةِ لِلْمُسْلِمِينَ بِبَذْلِ النَّفْسِ وَالْمَالِ لِأَنَّ كُلَّ مَنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ دَارِ الْإِسْلَامِ تَجِبُ عَلَيْهِ النُّصْرَةُ لِلدَّارِ بِالنَّفْسِ وَالْمَالِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا هَلْ أَذِلُّكُمْ عَلَى تَحْرِيرِ تَنْجِيكُمْ مِنْ عَذَابِ أَلِيمٍ ۖ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَتُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [الصف: ١٠، ١١] لَكِنَّ الْكَافِرَ لَمَّا لَمْ يَصْلُحْ لِنُصْرَتِنَا لِمَلِهِ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ اعْتِقَادًا قَامَ الْخَرَاجُ الْمَأْخُودُ مِنْهُ الْمَصْرُوفُ إِلَى الْغَزَاةِ مَقَامَ النُّصْرَةِ بِالنَّفْسِ، ثُمَّ النُّصْرَةُ مِنَ الْمُسْلِمِ تَتَفَاوَتْ إِذِ الْفَقِيرُ يَنْصُرُ دَارَنَا رَاجِلًا، وَتَتَوَسَّطُ الْحَالُ يَنْصُرُهَا رَاكِبًا وَرَاجِلًا وَالْمُوسِرُ بِالرُّكُوبِ بِنَفْسِهِ وَإِرْكَابِ غَيْرِهِ. ثُمَّ الْأَصْلُ لَمَّا كَانَ مُتَفَاوِتًا تَفَاوَتْ الْخَرَاجُ الَّذِي قَامَ مَقَامَهُ.

فَإِنْ قِيلَ: النُّصْرَةُ طَاعَةُ اللَّهِ وَهَذِهِ عُقُوبَةٌ فَكَيْفَ تَكُونُ الْعُقُوبَةُ خَلْفًا عَنْ الطَّاعَةِ؟ أَجِبَ بِأَنَّ الْخَلِيفَةَ عَنْ النُّصْرَةِ فِي حَقِّ الْمُسْلِمِينَ لَمَّا فِيهِ مِنْ زِيَادَةِ الْقُوَّةِ لِلْمُسْلِمِينَ وَهُمْ يُثَابُونَ عَلَى تِلْكَ الزِّيَادَةِ الْحَاصِلَةِ بِسَبَبِ أَمْوَالِهِمْ بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ أَعَارُوا دَوَابَّهُمْ لِلْمُسْلِمِينَ (وَمَا رَوَاهُ مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ كَانَ صُلْحًا) وَالذَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ أَنَّهُ أُمِرَ بِالْأَخْذِ مِنَ النِّسَاءِ وَالْجَزِيَّةِ لَا تَجِبُ عَلَى النِّسَاءِ.

قَالَ (وَتُوضَعُ الْجَزِيَّةُ عَلَى أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمَجُوسِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجَزِيَّةَ﴾ [التوبة: ٢٩] الْآيَةُ، «وَوَضَعَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الْجَزِيَّةَ عَلَى الْمَجُوسِ». قَالَ: (وَعَبْدَةُ الْأَوْثَانِ مِنَ الْعَجَمِ) وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ. هُوَ يَقُولُ: إِنَّ الْقِتَالَ وَاجِبٌ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَقَاتِلُوهُمْ﴾ إِلَّا أَنَا عَرَفْنَا جَوَازَ تَرْكِهِ فِي حَقِّ أَهْلِ الْكِتَابِ بِالْكِتَابِ وَفِي حَقِّ الْمَجُوسِ بِالْخَبَرِ فَبَقِيَ مَنْ وَرَاءَهُمْ عَلَى الْأَصْلِ. وَلَنَّا أَنَّهُ يَجُوزُ اسْتِرْقَاقُهُمْ فَيَجُوزُ ضَرْبُ الْجَزِيَّةِ عَلَيْهِمْ إِذْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَشْتَمِلُ عَلَى سَلْبِ النَّفْسِ مِنْهُمْ فَإِنَّهُ يَكْتَسِبُ وَيُؤَدِّي إِلَى الْمُسْلِمِينَ وَتَفَقَّهَتْ فِي كَسْبِهِ، (وَإِنْ ظَهَرَ عَلَيْهِمْ قَبْلَ ذَلِكَ فَهُمْ وَنِسَاؤُهُمْ وَصِبْيَانُهُمْ فِيءٌ؛ لَجَوَازِ اسْتِرْقَاقِهِمْ) (وَلَا تُوضَعُ عَلَى عَبْدَةِ الْأَوْثَانِ مِنَ الْعَرَبِ وَلَا الْمُتَرَدِّينَ) لِأَنَّ كُفْرَهُمَا قَدْ تَغْلُظُ، أَمَّا مُشْرِكُو الْعَرَبِ فَلِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَشَأَ بَيْنَ أَظْهَرِهِمْ وَالْقُرْآنُ نَزَلَ بِلُغَتِهِمْ فَالْمُعْجِزَةُ فِي حَقِّهِمْ أَظْهَرَ. وَأَمَّا الْمُتَرَدُّ فَلِأَنَّهُ كَفَرَ بِرَبِّهِ بَعْدَ مَا هَدِيَ لِلْإِسْلَامِ وَوَقَّفَ عَلَى مُحَاسِنِهِ فَلَا

يُقْبَلُ مِنَ الصَّرِيقَيْنِ إِلَّا الْإِسْلَامُ أَوْ السَّيْفُ زِيَادَةٌ فِي الْعُقُوبَةِ. وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ يُسْتَرْقُ مُشْرِكُو الْعَرَبِ، وَجَوَابُهُ مَا قُلْنَا (وَإِذَا ظَهَرَ عَلَيْهِمْ فَتَسَاوَوْهُمْ وَصِيبَانُهُمْ فِيءٌ) لِأَنَّ أَبَا بَكْرٍ الصَّدِيقَ رضي الله عنه اسْتَرْقَى نِسْوَانَ بَنِي حَنِيفَةَ وَصِيبَانَهُمْ لَمَّا ارْتَدُّوا وَقَسَمَهُمْ بَيْنَ الْغَانِمِينَ (وَمَنْ لَمْ يُسَلِّمْ مِنْ رِجَالِهِمْ قُتِلَ) لَمَّا ذَكَرْنَا.

الشرح:

قَالَ (وَتُوضَعُ الْجِزْيَةُ عَلَى أَهْلِ الْكِتَابِ) سَوَاءً كَانُوا مِنَ الْعَرَبِ أَوْ مِنَ الْعَجَمِ (لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ﴾ [التوبة: ٢٩] وَعَلَى الْمَجُوسِ لِأَنَّ «رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم وَضَعَ الْجِزْيَةَ عَلَى الْمَجُوسِ» رَوَى الْبُخَارِيُّ «أَنَّ عُمَرَ رضي الله عنه لَمْ يَكُنْ يَأْخُذُ الْجِزْيَةَ مِنَ الْمَجُوسِ حَتَّى شَهِدَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم أَخَذَهَا مِنْ مَجُوسِ هَجَرَ» وَهَجَرَ اسْمُ بَلَدٍ فِي الْبَحْرَيْنِ (وَعَبْدَةُ الْأَوْثَانِ مِنَ الْعَجَمِ) وَهُوَ بِالْجَزْرِ عَطْفًا عَلَى أَهْلِ الْكِتَابِ، وَقَدْ بَقِيَ مِنَ الْعَجَمِ احْتِرَازًا عَنْ عَبْدَةِ الْأَوْثَانِ مِنَ الْعَرَبِ فَإِنَّهُ لَا تُوضَعُ عَلَيْهِمُ الْجِزْيَةُ عَلَى مَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ (وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ) وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ (وَلَنَا أَنَّهُ يَجُوزُ اسْتِرْقَاقُهُمْ) وَكُلُّ مَنْ يَجُوزُ اسْتِرْقَاقُهُمْ يَجُوزُ ضَرْبُ الْجِزْيَةِ عَلَيْهِمْ (لَأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَشْتَمِلُ عَلَى سَلْبِ النَّفْسِ مِنْهُمْ) أَمَّا الْاسْتِرْقَاقُ فَظَاهِرٌ لِأَنَّ نَفْعَ الرِّقِيقِ يَعُودُ إِلَيْنَا جُمْلَةً، وَأَمَّا الْجِزْيَةُ فَلَأَنَّ الْكَافِرَ يُؤَدِّيهَا مِنْ كَسْبِهِ، وَالْحَالُ أَنَّ نَفَقَتَهُ فِي كَسْبِهِ فَكَانَ إِذَا كَسَبَهُ الَّذِي هُوَ سَبَبُ حَيَاتِهِ إِلَى الْمُسْلِمِينَ دَارَةً رَاتِبَةً فِي مَعْنَى أَخْذِ النَّفْسِ مِنْهُ حُكْمًا.

وَتَوْقُضُ بِأَنَّ مَنْ جَازَ اسْتِرْقَاقَهُ لَوْ جَازَ ضَرْبُ الْجِزْيَةِ عَلَيْهِ لَجَازَ ضَرْبُهَا عَلَى النِّسَاءِ وَالصَّبِيَّانِ وَاللَّازِمُ بَاطِلٌ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ لِمَعْنَى آخَرَ، وَهُوَ أَنَّ الْجِزْيَةَ بَدَلُ النُّصْرَةِ وَلَا نُصْرَةَ عَلَى الْمَرْأَةِ وَالصَّبِيِّ فَكَذَا بَدَلُهُ، وَهَذَا لَيْسَ بِدَافِعٍ بَلْ هُوَ مُقَرَّرٌ لِلنَّقْضِ. وَالصَّوَابُ أَنَّ قَبُولَ الْمَحَلِّ شَرْطُ تَأْثِيرِ الْمُؤَثِّرِ فَكَانَ مَعْنَى قَوْلِهِ وَكُلُّ مَنْ يَجُوزُ اسْتِرْقَاقُهُمْ يَجُوزُ ضَرْبُ الْجِزْيَةِ عَلَيْهِمْ إِذَا كَانَ الْمَحَلُّ قَابِلًا، وَالْمَرْأَةُ وَالصَّبِيُّ لَيْسَا كَذَلِكَ لِأَنَّ الْجِزْيَةَ إِمَّا تَكُونُ مِنَ الْكَسْبِ وَهُمَا عَاجِزَانِ عَنْهُ.

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ ظَهَرَ عَلَيْهِمْ) أَيُّ عَلَى أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمَجُوسِ وَعَبْدَةِ الْأَوْثَانِ مِنَ الْعَجَمِ (قَبْلَ ذَلِكَ) أَيُّ قَبْلَ وَضْعِ الْجِزْيَةِ عَلَيْهِمْ (فَهُمْ وَنِسَاؤُهُمْ وَصِيبَانُهُمْ فِيءٌ) أَيُّ

غَنِيْمَةً لِلْمُسْلِمِينَ لِحَوَازِ اسْتِرْقَاقِهِمْ (وَلَا تُوَضَّعُ عَلَى عَبْدَةِ الْأَوْثَانِ مِنَ الْعَرَبِ وَلَا الْمُرْتَدِّينَ لِأَنَّهُمَا قَدْ تَغَلَّظَ) عَلَى مَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ، وَكُلُّ مَنْ تَغَلَّظَ كُفْرُهُ لَا يُقْبَلُ مِنْهُ إِلَّا السَّيْفُ أَوْ الْإِسْلَامُ. (زِيَادَةُ فِي الْعُقُوبَةِ) عَلَيْهِ. وَلِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: هَذَا مَنْقُوضٌ بِأَهْلِ الْكِتَابِ فَإِنَّهُ تَغَلَّظَ كُفْرُهُمْ، فَإِنَّهُمْ عَرَفُوا النَّبِيَّ مَعْرِفَةً تَامَّةً مُمَيَّزَةً مُشَخَّصَةً وَمَعَ ذَلِكَ أَتَكَرَّوْهُ وَغَيَّرُوا اسْمَهُ وَتَعَتَّهُ مِنَ الْكُتُبِ وَقَدْ قَبِلَ مِنْهُمْ الْجَزِيَّةَ. وَأَيْضًا الْفَصْلُ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ عَبْدَةِ الْأَوْثَانِ مِنَ الْعَرَبِ بِحَوَازِ اسْتِرْقَاقِهِمْ دُونَ عَبْدَةِ الْأَوْثَانِ مُخَالَفٌ لِقَوْلِهِ ﷺ يَوْمَ أُوطَاسٍ: «لَوْ جَرَى رِقٌّ عَلَى عَرَبِيٍّ لَجَرَى الْيَوْمَ» مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ بَيْنَ عَبْدَةِ الْأَوْثَانِ وَأَهْلِ الْكِتَابِ. وَالْجَوَابُ عَنِ الْأَوَّلِ أَنَّ الْقِيَاسَ كَانَ يَقْتَضِي أَنْ لَا تُقْبَلَ مِنْهُمْ الْجَزِيَّةُ إِلَّا أَنَّهُ تُرِكَ بِالْكِتَابِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَتَبَلَّغُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ﴾ [التوبة: ٢٩] الْآيَةَ، وَعَنِ الثَّانِي بِأَنْ مُرَادُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَرَبِيٌّ الْأَصْلُ، وَأَهْلُ الْكِتَابِ وَإِنْ سَكَنُوا فِيمَا بَيْنَ الْعَرَبِ وَتَوَلَّدُوا فَهُمْ لَيْسُوا بِعَرَبٍ فِي الْأَصْلِ، وَإِنَّمَا الْعَرَبُ فِي الْأَصْلِ عَبْدَةُ الْأَوْثَانِ فَإِنَّهُمْ أُمِّيُونَ.

وَقَوْلُهُ (وَجَوَابُهُ مَا قُلْنَا) يُرِيدُ بِهِ قَوْلُهُ لِأَنَّهُ كُفْرُهُمَا قَدْ تَغَلَّظَ. وَقَوْلُهُ (وَإِذَا ظَهَرَ عَلَيْهِمْ) أَيُّ عَلَى عَبْدَةِ الْأَوْثَانِ مِنَ الْعَرَبِ وَالْمُرْتَدِّينَ (فَنَسَاؤُهُمْ وَصَبْيَانُهُمْ فِيءٌ) إِلَّا أَنْ ذَرَارِيَّ الْمُرْتَدِّينَ وَنِسَاءَهُمْ يُجْبَرُونَ عَلَى الْإِسْلَامِ دُونَ ذَرَارِيَّ عَبْدَةِ الْأَوْثَانِ وَنِسَائِهِمْ، لِأَنَّ الْإِجْبَارَ عَلَى الْإِسْلَامِ إِنَّمَا يَكُونُ بَعْدَ ثُبُوتِ حُكْمِ الْإِسْلَامِ فِي حَقِّهِ، وَذَرَارِيُّ الْمُرْتَدِّينَ قَدْ ثَبَتَ فِي حَقِّهِمْ تَبَعًا لِأَبَائِهِمْ فَيُجْبَرُونَ عَلَيْهِ. وَالْمُرْتَدَّاتُ كُنَّ مُقِرَّاتٍ بِالْإِسْلَامِ فَيُجْبَرْنَ عَلَيْهِ، بِخِلَافِ ذَرَارِيَّ الْعَبْدَةِ وَنِسَائِهِمْ. وَحَنِيفَةُ أَبُو حَيٍّ مِنَ الْعَرَبِ، وَقِيلَ الْمُرَادُ بِنَبِيِّ حَنِيفَةٍ رَهْطُ مُسَيْلَمَةَ الْكَذَّابِ (وَقَوْلُهُ لَمَّا ذَكَرْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ فَلَا يُقْبَلُ مِنَ الْفَرِيقَيْنِ إِلَّا الْإِسْلَامُ أَوْ السَّيْفُ زِيَادَةُ فِي الْعُقُوبَةِ.

(وَلَا جَزِيَّةَ عَلَى امْرَأَةٍ وَلَا صَبِيٍّ) لِأَنَّهَا وَجِبَتْ بَدَلًا عَنِ الْقَتْلِ أَوْ عَنِ الْقِتَالِ وَهَمَا لَا يُقْتَلَانِ وَلَا يُقَاتِلَانِ لِعَدَمِ الْأَهْلِيَّةِ. قَالَ (وَلَا زَمِنٍ وَلَا أَعْمَى) وَكَذَا الْمَفْلُوجُ وَالشَّيْخُ الْكَبِيرُ لَمَّا بَيَّنَّا. وَعَنْ أَبِي يُونُسَ أَنَّهُ تَجِبُ إِذَا كَانَ لَهُ مَالٌ لِأَنَّهُ يُقْتَلُ فِي الْجُمْلَةِ إِذَا كَانَ لَهُ رَأْيٌ (وَلَا عَلَى فَقِيرٍ غَيْرِ مُعْتَمِلٍ) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ. لَهُ إِطْلَاقٌ حَدِيثٍ مُعَاذِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. وَلَنَا أَنَّ عُثْمَانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لَمْ يُوظَّفْ عَلَى فَقِيرٍ غَيْرِ مُعْتَمِلٍ وَكَانَ ذَلِكَ بِمَحْضَرٍ مِنَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ

الله عنهم، ولأن خراج الأرض لا يوظف على أرض لا طاقة لها فكذا هذا الخرج،
والحديث محمول على المعتمل (ولا توضع على المملوك والمكاتب والمدبر وأم الولد) لأنه
بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا، وعلى اعتبار الثاني لا تجب فلا تجب
بالشك (ولا يؤدي عنهم موابيهم) لأنهم تحمّلوا الزيادة بسببهم (ولا توضع على الرهبان
الذين لا يخالطون الناس) كذا ذكر هاهنا. وذكر محمد عن أبي حنيفة أنه يوضع
عليهم إن كانوا يقدرّون على العمل، وهو وقول أبي يوسف. وجه الوضع عليهم أن
القدرة على العمل هو الذي ضيعها فصار كتعطيل الأرض الخراجية. وجه الوضع
عنهم أنه لا قتل عليهم إذا كانوا لا يخالطون الناس، والجزية في حقهم لإسقاط
القتل، ولا بد أن يكون المعتمل صحيحاً ويكتفي بصحته في أكثر السنة.

الشرح:

وقوله (لأنها وجبت بدلا عن القتل) يعني في حق المأخوذ منه (أو عن القتال)
أي عن النصرة في حقنا كما تقدّم، ولا يجب البدل إلا على من يجب عليه الأصل،
والأصل وهو القتل أو القتال لا يتحقق في حق المرأة والصبي لعدم الأهلية فكذا البدل.
وقوله (لما يتنا) يعني قوله وهما لا يقتلان ولا يُقتلان. وقوله (له إطلاق حديث معاذ)
هو قوله عليه الصلاة والسلام: «خذ من كل حالم وحالة»^(١) وقوله (وعلى اعتبار
الثاني لا تجب) يعني أن الجزية بدل عن الأمرين كما مرّ تقريره، وعلى اعتبار الأول
يجب وضع الجزية لأن الأصل يتحقق في حق الممالك لأن المملوك الحرّبي يقتل
فيتحقق البدل أيضا، وعلى اعتبار الثاني لا يجب لأن العبد لا يقدر على النصرة فلا
يجب عليه بدله. وقوله (لأنهم تحمّلوا الزيادة بسببهم) أي صار موابيهم بسببهم من
صنف الأغنياء أو وسط الحال حتى وجب عليهم زيادة على مقدار الواجب على الفقير
المعتمل، فلو قلنا بوجوبها على الموابي بسببهم لكان وجوب الجزية مرتين بسبب شيء
واحد وذلك لا يجوز. وقوله (ولا توضع على الرهبان) واضح.

(ومن أسلم وعليه جزية سقطت عنه) وكذلك إذا مات كافرا خلافا للشافعي
فيهما. له أنها وجبت بدلا عن العصمة أو عن السكنى وقد وصل إليه الموضع فلا يسقط

عَنْهُ الْعَوَضُ بِهَذَا الْعَارِضِ كَمَا فِي الْأَجْرَةِ وَالصَّلَاحِ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ. وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَيْسَ عَلَى مُسْلِمٍ جِزْيَةٌ»^(١) وَلِأَنَّهَا وَجِبَتْ عَقُوبَةً عَلَى الْكُفْرِ وَلِهَذَا تُسَمَّى جِزْيَةً وَهِيَ وَالْجَزَاءُ وَاحِدٌ، وَعَقُوبَةُ الْكُفْرِ تَسْقُطُ بِالْإِسْلَامِ وَلَا تَقَامُ بَعْدَ الْمَوْتِ، وَلِأَنَّ شَرَعَ الْعَقُوبَةِ فِي الدُّنْيَا لَا يَكُونُ إِلَّا لِدَفْعِ الشَّرِّ وَقَدْ انْدَفَعَ بِالْمَوْتِ وَالْإِسْلَامِ؛ وَلِأَنَّهَا وَجِبَتْ بَدَلًا عَنْ النُّصْرَةِ فِي حَقِّنَا وَقَدْ قَدَّرَ عَلَيْهَا بِنَفْسِهِ بَعْدَ الْإِسْلَامِ. وَالْعِصْمَةُ تَثْبُتُ بِكُونِهِ آدَمِيًّا وَالذَّمِّيُّ يَسْكُنُ مِلْكَ نَفْسِهِ فَلَا مَعْنَى لِإِجَابِ بَدَلِ الْعِصْمَةِ وَالسُّكْنَى.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ أَسْلَمَ وَعَلَيْهِ جِزْيَةٌ سَقَطَتْ عَنْهُ) إِذَا أَسْلَمَ مَنْ عَلَيْهِ الْجِزْيَةُ أَوْ مَاتَ كَافِرًا أَوْ عَمِيٍّ أَوْ صَارَ زَمِنًا أَوْ مُقْعَدًا أَوْ شَيْخًا كَبِيرًا لَا يَسْتَطِيعُ الْعَمَلَ أَوْ فَقِيرًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ وَبَقِيَتْ عَلَيْهِ الْجِزْيَةُ سَقَطَتْ عَنْهُ عِنْدَنَا سَوَاءً كَانَتْ هَذِهِ الْعَوَارِضُ قَبْلَ اسْتِكْمَالِ السَّنَةِ أَوْ بَعْدَهَا (خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ).

لَهُ أَنَّهَا وَجِبَتْ بَدَلًا عَنْ الْعِصْمَةِ أَوْ عَنْ السُّكْنَى وَقَدْ وَصَلَ إِلَيْهِ الْمُعَوَّضُ وَكُلُّ مَا وَجِبَ بَدَلًا عَنْ شَيْءٍ وَقَدْ وَصَلَ إِلَيْهِ الْمُعَوَّضُ (لَا يَسْقُطُ عَنْهُ الْعَوَضُ بِهَذَا الْعَارِضِ) أَيَّ بِالْإِسْلَامِ أَوْ الْمَوْتِ (كَمَا فِي الْأَجْرَةِ وَالصَّلَاحِ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ) فَإِنَّ الذَّمِّيَّ إِذَا اسْتَوْفَى مَنَافِعَ الدَّارِ الْمُسْتَأْجَرَةِ ثُمَّ أَسْلَمَ أَوْ مَاتَ لَا تَسْقُطُ عَنْهُ الْأَجْرَةُ لِأَنَّ الْمُعَوَّضَ قَدْ وَصَلَ إِلَيْهِ وَهِيَ مَنَافِعُ الدَّارِ، وَكَذَا إِذَا قُتِلَ الذَّمِّيُّ رَجُلًا عَمْدًا ثُمَّ صَلَحَ عَنِ الدَّمِّ عَلَى بَدَلٍ مَعْلُومٍ ثُمَّ أَسْلَمَ أَوْ مَاتَ لَا يَسْقُطُ عَنْهُ الْبَدَلُ لِأَنَّ الْمُعَوَّضَ وَهُوَ نَفْسُهُ قَدْ سُلِمَ لَهُ، وَإِنَّمَا رَدَّدَ فِي قَوْلِهِ بَدَلًا عَنْ الْعِصْمَةِ أَوْ السُّكْنَى لِاخْتِلَافِ الْعُلَمَاءِ فِي أَنَّ الْجِزْيَةَ وَجِبَتْ بَدَلًا عَمَّا ذَا؟ فَقَالَ بَعْضُهُمْ وَجِبَتْ بَدَلًا عَنْ الْعِصْمَةِ الثَّابِتَةِ بَعْدَ الذَّمِّ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَمَرَ بِالْقِتَالِ وَمَدَّهَ إِلَى غَايَةٍ وَهِيَ إِعْطَاءُ الْجِزْيَةِ.

وَقَالَ بَعْضُهُمْ وَجِبَتْ بَدَلًا عَنْ السُّكْنَى فِي دَارِ الْإِسْلَامِ لِأَنَّهُمْ مَعَ الْإِصْرَارِ عَلَى الشُّرْكِ لَا يَكُونُونَ مِنْ أَهْلِ دَارِنَا بِاعْتِبَارِ الْأَصْلِ وَإِنَّمَا يَصِيرُونَ مِنْ أَهْلِ دَارِنَا بِمَا يُؤْثَرُونَ مِنَ الْجِزْيَةِ. وَقَالَ بَعْضُهُمْ: وَجِبَتْ بَدَلًا عَنْ النُّصْرَةِ الَّتِي فَاتَتْ بِإِصْرَارِهِمْ عَلَى الْكُفْرِ

(١) أخرجه أبو داود (٣٠٥٣)، والترمذي في الزكاة باب ١١، وأحمد (٢٢٣/١)، (٢٨٥)، وانظر نصب الراية (٦٨٠/٣).

وَقَدْ تَقَدَّمَ، وَأُعِيدُهُ هَاهُنَا تَوْضِيحًا وَذَلِكَ لِأَنَّهُمْ لَمَّا صَارُوا مِنْ أَهْلِ دَارِنَا بِقَبُولِ الذِّمَّةِ وَلِهَذِهِ الدَّارِ دَارَ مُعَادِيَةٍ وَجَبَ عَلَيْهِمُ الْقِيَامُ بِنُصْرَتِهَا، وَلَا تَصْلُحُ أَبْدَانُهُمْ لِهَذِهِ النُّصْرَةِ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُمْ يَمِيلُونَ إِلَى أَهْلِ الدَّارِ الْمُعَادِيَةِ لِاتِّحَادِهِمْ فِي الْإِعْتِقَادِ فَأَوْجَبَ عَلَيْهِمُ الشَّرْعُ الْجَزِيَّةَ لِتُؤْخَذَ مِنْهُمْ فَتُصَرَّفَ إِلَى الْمُقَاتِلَةِ فَتَكُونَ خَلْفًا عَنِ النُّصْرَةِ. قَالَ شَمْسُ الْأَيْمَةِ السَّرْحَسِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهُوَ الْأَصْحَحُ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْجَزِيَّةَ لَا تُؤْخَذُ مِنَ الْأَعْمَى وَالشَّيْخِ الْفَانِي وَالْمَعْتَوِي وَالْمُقْعَدِ مَعَ أَنَّهُمْ مُشَارِكُونَ فِي السُّكْنَى لِأَنَّهُ لَمْ يَلْزَمَهُمْ أَصْلُ النُّصْرَةِ بِأَبْدَانِهِمْ لَوْ كَانُوا مُسْلِمِينَ، فَكَذَلِكَ لَا يُؤْخَذُ مِنْهُمْ مَا هُوَ خَلْفٌ عَنْهُ. وَلَنَا قَوْلُهُ ﷺ: «لَيْسَ عَلَى مُسْلِمٍ جَزِيَّةٌ» رَوَاهُ ابْنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، وَهُوَ مُطْلَقٌ فَيَجْرِي عَلَى إِطْلَاقِهِ، بَلِ الْإِنْصَافُ أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ بَعْدَ الْإِسْلَامِ لِأَنَّ كُلَّ أَحَدٍ يَعْلَمُ أَنَّ الْمُسْلِمَ لَا تَكُونُ عَلَيْهِ جَزِيَّةٌ فَتَعَيَّنَ أَنَّ يَكُونُ الْمُرَادُ بِهِ أَنَّهَا تَسْقُطُ بِالْإِسْلَامِ، إِذْ لَوْ لَمْ تَسْقُطْ لَصَدَقَ أَنَّ عَلَى هَذَا الْمُسْلِمِ جَزِيَّةً.

وَقَوْلُهُ (وَلَاغَتُهَا وَجَبَتْ عُقُوبَةُ الْخ) ظَاهِرٌ. وَاعْتَرَضَ بِأَنَّهُ الْحَقَّ ضَرْبُ الْجَزِيَّةِ فِيمَا تَقَدَّمَ بِالِاسْتِرْقَاقِ بِالْمَعْنَى الْجَامِعِ بَيْنَهُمَا فَقَالَ: وَلَنَا أَنَّهُ يَحُوزُ اسْتِرْقَاقَهُمْ فَيَحُوزُ ضَرْبُ الْجَزِيَّةِ عَلَيْهِمْ إِذْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَشْتَمِلُ عَلَى سَلْبِ النَّفْسِ مِنْهُمْ فَكَيْفَ اقْتَرَفَا فِي الْبَقَاءِ حَيْثُ يَبْقَى الْعَبْدُ رَقِيقًا بَعْدَ الْإِسْلَامِ وَلَا تَبْقَى الْجَزِيَّةُ بَعْدَهُ مَعَ أَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا فِي الْإِبْتِدَاءِ ثَبُتُ بِطَرِيقِ الْمَجَازَةِ لِكُفْرِهِمْ؟ وَالْجَوَابُ أَنَّ أَدَاءَ الْجَزِيَّةِ لَمْ يُشْرَعْ إِلَّا بِوَصْفِ الصَّغَارِ، وَمَا شُرِعَ بِوَصْفٍ لَا يَبْقَى بِدُونِهِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي الْأُصُولِ، وَالْإِسْلَامُ يُنَافِي الصَّغَارَ فَتَسْقُطُ الْجَزِيَّةُ بِهِ، بِخِلَافِ الْإِسْتِرْقَاقِ فَإِنَّهُ لَمْ يُشْرَعْ كَذَلِكَ.

وَقَوْلُهُ (وَالْعِصْمَةُ ثَبُتُ بِكَوْنِهِ آدَمِيًّا) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ إِنَّهَا وَجَبَتْ بَدَلًا مِنَ الْعِصْمَةِ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ الْعِصْمَةَ ثَابِتَةٌ لِلْآدَمِيِّ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ آدَمِيٌّ لَمَّا مَرَّ أَنَّهُ خَلَقَ مُتَحَمِّلًا أَعْبَاءَ التَّكَالِيفِ فَلَا يَصْلُحُ أَنْ تَكُونَ الْجَزِيَّةُ الطَّارِئَةُ بَدَلًا عَنْهَا. وَلِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: سَلَمْنَا أَكْثَرًا ثَابِتَةً لِلْآدَمِيَّةِ وَلَكِنَّهَا سَقَطَتْ بِالْكَفْرِ، فَالْجَزِيَّةُ تُعِيدُهَا عَلَى مَا كَانَتْ فَكَانَتْ بَدَلًا. وَالْجَوَابُ أَنَّهَا لَوْ كَانَتْ بَدَلًا عَنْ الْعِصْمَةِ فِيمَا أَنْ تَكُونَ عَنْ عِصْمَةٍ فِيمَا مَضَى أَوْ فِيمَا يُسْتَقْبَلُ، لَا سَبِيلَ إِلَى الْأَوَّلِ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَلَا إِلَى الثَّانِي لِأَنَّ الْإِسْلَامَ يُغْنِي عَنْهَا. وَقَوْلُهُ (وَالذِّمِّيُّ يَسْكُنُ مِلْكَ نَفْسِهِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ أَوْ السُّكْنَى، وَمَعْنَاهُ أَنَّ الذِّمِّيَّ يَمْلِكُ

مَوْضِعِ السُّكْنَى بِالشَّرَاءِ أَوْ غَيْرِهِ مِنْ الْأَسْبَابِ، فَلَا يَجُوزُ إِيْجَابُ الْبَدَلِ بِسُكْنَاهُ فِي مَوْضِعٍ مَمْلُوكٍ لَهُ، فَلَوْ كَانَتْ الْجَزِيَّةُ أَجْرَةً كَانَتْ وَجُوبُهَا بِالْإِجَارَةِ لَا مَحَالَةَ، وَيُشْتَرَطُ فِيهَا التَّائِيْتُ لِأَنَّ الْإِنْهَامَ يُبْطِلُهَا، وَحَيْثُ لَمْ يُشْتَرَطِ التَّائِيْتُ فِي السُّكْنَى دَلَّ عَلَى أَنَّ الْجَزِيَّةَ لَمْ تَكُنْ بِطَرِيقِ الْإِجَارَةِ، فَإِنْ قَالَ قَائِلٌ: كَمَا أَنَّه لَا يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ بَدَلًا عَنِ الْعِصْمَةِ وَالسُّكْنَى فَكَذَلِكَ لَا يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ بَدَلًا عَنِ النُّصْرَةِ أَيْضًا، أَلَا تَرَى أَنَّ الْإِمَامَ لَوْ اسْتَعَانَ بِأَهْلِ الذِّمَّةِ فَقَاتَلُوا مَعَهُ لَا تَسْقُطُ عَنْهُمْ جَزِيَّةُ تِلْكَ السَّنَةِ، فَلَوْ كَانَتْ بَدَلًا عَنْهَا لَسَقَطَتْ لِأَنَّهُ قَدْ نَصَرَ بِنَفْسِهِ؟ أُجِيبَ بِأَنَّهَا إِنَّمَا لَمْ تَسْقُطْ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَلْزَمُ تَغْيِيرُ الْمَشْرُوعِ وَلَيْسَ لِلْإِمَامِ ذَلِكَ، وَهَذَا لِأَنَّ الشَّرْعَ جَعَلَ طَرِيقَ النُّصْرَةِ فِي حَقِّ الذِّمِّيِّ الْمَالِ دُونَ النَّفْسِ.

(وَأِنْ اجْتَمَعَتْ عَلَيْهِ الْحَوْلَانِ تَدَاخَلَتْ. وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَمَنْ لَمْ يُؤْخَذْ مِنْهُ خَرَجُ رَأْسِهِ حَتَّى مَضَتْ السَّنَةُ وَجَاءَتْ سَنَةٌ أُخْرَى لَمْ يُؤْخَذْ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: يُؤْخَذُ مِنْهُ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَأِنْ مَاتَ عِنْدَ تِمَامِ السَّنَةِ لَمْ يُؤْخَذْ مِنْهُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا، وَكَذَلِكَ إِنْ مَاتَ فِي بَعْضِ السَّنَةِ) أَمَّا مَسْأَلَةُ الْمَوْتِ فَقَدْ ذَكَرْنَاهَا. وَقِيلَ خَرَجُ الْأَرْضِ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ. وَقِيلَ لَا تَدَاخُلُ فِيهِ بِالِاتِّفَاقِ. لِهَمَّا فِي الْخِلَافِيَّةِ أَنَّ الْخَرَاجَ وَجِبَ عَوَضًا، وَالْأَعْوَاضُ إِذَا اجْتَمَعَتْ وَأَمَكَنَ اسْتِيفَاؤُهَا تُسْتَوْفَى، وَقَدْ أَمَكَنَ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ بَعْدَ تَوَالِي السَّنَتَيْنِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَسْلَمَ؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ اسْتِيفَاؤُهُ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهَا وَجِبَتْ عُقُوبَةً عَلَى الْإِصْرَارِ عَلَى الْكُفْرِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَلِهَذَا لَا يَقْبَلُ مِنْهُ لَوْ بَعَثَ عَلَى يَدِ نَائِيهِ فِي أَصَحِّ الرِّوَايَاتِ، بَلْ يَكْلَفُ أَنْ يَأْتِيَ بِهِ بِنَفْسِهِ فَيُعْطِيَ هَائِمًا، وَالْقَابِضُ مِنْهُ هَاعِدٌ.

وَفِي رِوَايَةٍ: يَأْخُذُ بِتَلْبِيئِهِ وَيَهْزُهُ هَذَا وَيَقُولُ: أَعْطِ الْجَزِيَّةَ يَا ذِمِّيَّ فَتَبَّتْ أَنَّهُ عُقُوبَةٌ، وَالْعُقُوبَاتُ إِذَا اجْتَمَعَتْ تَدَاخَلَتْ كَالْحُدُودِ؛ وَلِأَنَّهَا وَجِبَتْ بَدَلًا عَنِ الْقَتْلِ فِي حَقِّهِمْ وَعَنِ النُّصْرَةِ فِي حَقِّنَا كَمَا ذَكَرْنَا، لَكِنْ فِي الْمُسْتَقْبَلِ لَا فِي الْمَاضِي؛ لِأَنَّ الْقَتْلَ إِنَّمَا يُسْتَوْفَى لِجِرَابٍ قَائِمٍ فِي الْحَالِ لَا لِجِرَابٍ مَاضٍ، وَكَذَا النُّصْرَةُ فِي الْمُسْتَقْبَلِ؛ لِأَنَّ الْمَاضِي وَقَعَتْ الْغَنِيَةُ عَنْهُ. ثُمَّ قَوْلُ مُحَمَّدٍ فِي الْجَزِيَّةِ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَجَاءَتْ سَنَةٌ أُخْرَى، حَمَلَهُ بَعْضُ الْمَشَايِخِ عَلَى الْمَاضِي مَجَازًا. وَقَالَ: الْوُجُوبُ بِأَخْرِ السَّنَةِ، فَلَا بُدَّ مِنَ الْمَاضِي لِيَتَحَقَّقَ

الاجتماعُ فتتداخل. وعند البعض هو مجرى على حقيقته، والوجوب عند أبي حنيفة بأول الحول فيتحقق الاجتماع بمجرد المجيء. والأصح أن الوجوب عندنا في ابتداء الحول، وعند الشافعي في آخره اعتباراً بالزكاة. ولنا أن ما وجب بدلاً عنه لا يتحقق إلا في المستقبل على ما قررناه فتعذر إيجابه بعد مضي الحول فأوجبناه في أوله.

الشرح:

قال (فإن اجتمعت عليه الحولان) أثبت فعل الحولين، إما باعتبار حذف المضاف: أي اجتمعت جزية الحولين، وإما بتأويل السنتين، وأتى بعبارة الجامع الصغير لتفصيل في اللفظ ولإيهام في قوله وجاءت سنة أخرى على ما بينه، وكلامه واضح وقوله (وقيل لا تداخل فيه بالاتفاق) يحتاج إلى بيان الفرق بينهما. والفرق أن الخراج في حالة البقاء مؤنة من غير النفات إلى معنى العقوبة، ولهذا إذا اشترى المسلم أرضاً خراجية يجب عليه الخراج فجاز أن لا يتداخل، بخلاف الجزية فإنها عقوبة ابتداء وبقاء ولهذا لم تُشرع في حق المسلم أصلاً والعقوبات تتداخل. وقوله (لهما في الخلافة) أي فيما إذا اجتمع عليه الحولان (أن الخراج وجب عوضاً) على ما تقدم وكل ما وجب عوضاً إذا اجتمع وأمكن استيفاؤه يستوفى كما في سائر الأعواض وقد أمكن لأن الفرض أنه حي، واستيفاء المال من الحي ممكن إذا لم يمنع منه الإسلام (بخلاف ما إذا أسلم) وقوله (ولأبي حنيفة) ظاهر. وقوله (على ما بيناه) أراد به ما ذكره قبل هذا بقوله ولائها وجبت عقوبة على الكفر.

ولقائل أن يقول: قد تكرر في كلامهم أنها وجبت بدلاً عن النصرة أو السكنى أو العصمة، وتكرر أيضاً فيه أنها وجبت عقوبة على الكفر؛ ومعنى العقوبة غير معنى البدلية عن شيء فيلزم توارد علتين على معلول واحد بالشخص وذلك باطل. والجواب عن ذلك أن كونها عقوبة لازم من لوازم كونه بدلاً عن النصرة لأن إيجاب النصرة لغير أهل دينه يستلزم عقوبة لا محالة. وقوله (ولهذا) توضيح لقوله وجبت عقوبة على الإصرار على الكفر والتليب أخذ موضع اللب من الثياب، واللب موضع القلادة من الصدر.

وقوله (ولائها وجبت بدلاً عن القتل) استدلال من جهة الملزوم، وما تقدم كان

مِنْ جِهَةِ اللّازِمِ وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ، وَقَدْ بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ. وَقَوْلُهُ (حَمَلَهُ بَعْضُ الْمَشَايخِ عَلَى الْمُضِيِّ مَجَازًا) قَالَ الْإِمَامُ فَخْرُ الْإِسْلَامِ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: اخْتَلَفَ مَشَايِخُنَا فِي قَوْلِهِ جَاءَتْ سَنَةٌ أُخْرَى؛ فَقَالَ بَعْضُهُمْ: مَعْنَاهُ مَضَتْ حَتَّى يَتَحَقَّقَ اجْتِمَاعُهُمَا لِأَنَّهَا عِنْدَ آخِرِ الْحَوْلِ تَجِبُ، وَهَذَا ضَرْبٌ مِنَ الْمَجَازِ لِأَنَّ مَجِيءَ كُلِّ شَهْرٍ بِمَجِيءِ أَوَّلِهِ. وَأَقُولُ فِي مُجَوِّزِ الْمَجَازِ أَنَّ مَجِيءَ الشَّهْرِ يَسْتَلْزِمُ مَجِيءَ الْآخِرِ لَا مُحَالَةً وَذِكْرُ الْمَلْزُومِ وَإِرَادَةُ اللّازِمِ مَجَازٌ. وَقَالَ بَعْضُهُمْ: مَعْنَاهُ دُخُولُ أَوَّلِهَا لِأَنَّ الْجِزْيَةَ تَجِبُ بِأَوَّلِ الْحَوْلِ وَالتَّأْخِيرُ إِلَى آخِرِهِ تَخْفِيفٌ وَتَأْجِيلٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعَلَى هَذَا يَتَحَقَّقُ التَّدَاخُلُ عِنْدَ مُضِيِّ شَهْرٍ بِلَا ارْتِكَابِ الْمَجَازِ، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ) إِمَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّ الْقَتْلَ إِنَّمَا يُسْتَوْفَى لِحَرَابٍ قَائِمٍ فِي الْحَالِ لَا لِحَرَابٍ مَاضٍ إلخ، وَيَحْتَاجُ إِلَى الْجَوَابِ عَنْ الرُّكَاةِ، وَهُوَ أَنَّ الرُّكَاةَ وَجَبَتْ فِي آخِرِ الْحَوْلِ لِأَنَّهَا تَجِبُ فِي الْمَالِ النَّامِي وَحَوْلَانُ الْحَوْلِ هُوَ الْمُمَكِّنُ مِنَ الاسْتِنْمَاءِ لِاسْتِمَالِهِ عَلَى الْفُصُولِ الْأَرْبَعَةِ عَلَى مَا مَرَّ فَلَا بُدَّ مِنْ اعْتِبَارِ الْحَوْلِ لِيَتَحَقَّقَ شَرْطُ وَجُوبِ الْأَدَاءِ.

فصل

(وَلَا يَجُوزُ إِحْدَاثُ بَيْعَةٍ وَلَا كَنَيْسَةٍ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ)؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا خِصَاءَ فِي الْإِسْلَامِ وَلَا كَنَيْسَةٍ»^(١) وَالْمُرَادُ إِحْدَاثُهَا (وَلِنْ انْتَهَدَمَتِ الْبَيْعُ وَالْكُنَائِسُ الْقَدِيمَةُ أَعَادُوهَا) لِأَنَّ الْأُبْنِيَّةَ لَا تَبْقَى دَائِمًا، وَلَمَّا أَقَرَّهُمُ الْإِمَامُ فَقَدْ عَاهَدَ إِلَيْهِمُ الْإِعَادَةَ إِلَّا أَنَّهُمْ لَا يُمْكِنُونَ مِنْ نَقْلِهَا؛ لِأَنَّهُ إِحْدَاثٌ فِي الْحَقِيقَةِ، وَالصُّومَعَةُ لِلتَّخْلِي فِيهَا بِمَنْزِلَةِ الْبَيْعَةِ، بِخِلَافِ مَوْضِعِ الصَّلَاةِ فِي الْبَيْتِ؛ لِأَنَّهُ تَبَعَ لِلسُّكْنَى، وَهَذَا فِي الْأَمْصَارِ دُونَ الْقُرَى؛ لِأَنَّ الْأَمْصَارَ هِيَ الَّتِي تُقَامُ فِيهَا الشَّعَائِرُ فَلَا تُعَارَضُ بِإِظْهَارِ مَا يُخَالِفُهَا. وَقِيلَ فِي دِيَارِنَا يُمْنَعُونَ مِنْ ذَلِكَ فِي الْقُرَى أَيْضًا؛ لِأَنَّ فِيهَا بَعْضَ الشَّعَائِرِ، وَالْمَرْوِيُّ عَنْ صَاحِبِ الْمَذْهَبِ فِي قُرَى الْكُوفَةِ لِأَنَّ أَكْثَرَ أَهْلِهَا أَهْلُ الدِّمَةِ. وَفِي أَرْضِ الْعَرَبِ يُمْنَعُونَ مِنْ ذَلِكَ فِي أَمْصَارِهَا وَقُرَاهَا لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا يَجْتَمِعُ دِينَارٌ فِي جَزِيرَةِ الْعَرَبِ»^(٢).

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٤١/١٠)، وانظر نصب الراية (٦٨٢/٣).

(٢) أخرجه إسحاق بن راهويه في مسنده، وانظر نصب الراية (٦٨٢/٣).

الشرح:

(فصل): لما فرغ من بيان ما يجب على أهل الذمة بسكنائهم في دار الإسلام شرع في بيان ما يجوز لهم أن يفعلوا مما يتعلق بالسكنى (ولا يجوز إحداث بيعة ولا كنيسة في دار الإسلام لقوله ﷺ: «لا خصاء في الإسلام ولا كنيسة») والخصاء بكسر الخاء والمد على وزن فعال مصدر خصاء: إذا نزع خصيتيه، والإخصاء في معناه خطأ ذكره في المغرب، والمناسبة بين ذكر الخصاء والكنيسة هي أن إحداث الكنيسة في دار الإسلام إزالة لفحولة أهل داره معنى، كما أن الخصاء إزالة لفحولة الحيوان إن كان الخصاء على حقيقته، وإن كان المراد به التثمل والامتناع عن النساء بملازمة الكنائس فالمناسبة ظاهرة، والمراد بقوله عليه الصلاة والسلام "ولا كنيسة" إحداثها فهو نفى بمعنى النهي: أي لا تحدث كنيسة في دار الإسلام، ويقال كنيسة اليهود والنصارى لمتعبدتهم، وكذا البيعة كان مطلقاً في الأصل، ثم غلب استعمال الكنيسة لمتعبد اليهود والبيعة لمتعبد النصارى.

وقوله (والصومعة للتخلي فيها بمنزلة البيعة) أي لا يمكنون من إحداث الصومعة التي يتخلون فيها أيضاً للعبادة (بخلاف موضع الصلاة) أي صلاة الذمي (في البيت) فإنهم يمكنون من ذلك (لأنه تبع السكنى) وقوله (والمروي عن صاحب المذهب) أي عن أبي حنيفة رحمه الله والمراد بالمروي هو ما ذكره آنفاً بقوله وهذا في الأمصار دون القرى. وقوله (في جزيرة العرب) قيل: إنما سميت أرض العرب بالجزيرة لأن بحر فارس وبحر الحبش ودجلة والفرات قد أحاطت بها.

قال (ويؤخذ أهل الذمة بالتمييز عن المسلمين في زيهم ومراكبهم وسروجهم وقلائسهم فلا يركبون الخيل ولا يعملون بالسلاح. وفي الجامع الصغير: ويؤخذ أهل الذمة بإظهار الكستيجات والركوب على السروج التي هي كهيئة الأكف) وإنما يؤخذون بذلك إظهاراً للصغار عليهم وصيانة لضعفة المسلمين؛ ولأن المسلم يكرم، والذمي يهان، ولا يبدأ بالسلام ويضيق عليه الطريق، فلو لم تكن علامة مميزة فاعله يعامل معاملة المسلمين وذلك لا يجوز؛ والعلامة يجب أن تكون خيطاً غليظاً من الصوف يشده على وسطه دون الزنار من الإبريسم فإنه جفاء في حق أهل الإسلام. ويجب أن

يَتَمَيَّزُ نِسَاؤُهُمْ عَنِ نِسَائِنَا فِي الطَّرْقَاتِ وَالْحَمَامَاتِ، وَيُجْعَلُ عَلَى دُورِهِمْ عَلَامَاتٌ كَي لَا يَقِفَ عَلَيْهَا سَائِلٌ يَدْعُو لَهُمْ بِالْغَفِرَةِ. قَالُوا: الْأَحَقُّ أَنْ لَا يُتْرَكُوا أَنْ يَرْكَبُوا إِلَّا لِلضَّرُورَةِ. وَإِذَا رَكَبُوا لِلضَّرُورَةِ فَلْيَنْزِلُوا فِي مَجَامِعِ الْمُسْلِمِينَ، فَإِنْ لَزِمَتِ الضَّرُورَةُ اتَّخَذُوا سُرُوجًا بِالْصِفَةِ الَّتِي تَقَدَّمَتْ، وَيَمْنَعُونَ مِنْ لِبَاسٍ يَخْتَصُّ بِهِ أَهْلُ الْعِلْمِ وَالزُّهْدِ وَالشَّرَفِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَيُؤْخَذُ أَهْلُ الذِّمَّةِ بِالتَّمْيِيزِ) ظَاهِرٌ. وَذَكَرَ رَوَايَةَ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لَكُونِهَا كَالْتَفْسِيرِ لِمَا ذَكَرَهُ الْقُدُورِيُّ كَأَنَّهُ قَالَ: وَكَيْفِيَّةُ التَّمْيِيزِ مَا ذَكَرَهُ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ الْخ. وَالْكَسْتِيجُ خَيْطٌ غَلِظٌ بِقَدْرِ الْأَصْبَعِ يَشْدُوهُ الذَّمِيُّ فَوْقَ تِيَابِهِ دُونَ مَا يَتَرَبَّصُونَ بِهِ مِنَ الزُّنَانِ الْتَّخَذَهُ مِنَ الْإِبْرَيْسَمِ. وَقَوْلُهُ (صِبَاةٌ لضعفة المسلمين) أَيُّ الضَّعْفَةِ فِي الدِّينِ لَا الْبَدَنِ: أَيُّ يُفْعَلُ ذَلِكَ بِهِمْ لَكَيْ يَكُونُوا فِي أَعْيُنِ الْمُسْلِمِينَ الَّذِينَ لَمْ يَتَّصِلُوا فِي دِينِ الْإِسْلَامِ أَذْلَاءَ صَاغِرِينَ حَتَّى لَا يَمِيلُوا إِلَى الْكُفْرِ بِسَبَبِ سَعْيِهِمْ فِي الرِّزْقِ وَالْمَلَابِسِ وَالْمَرَائِبِ وَرَوَّتِ حَالَهُمْ.

فَإِنْ قِيلَ: لَمْ يَأْخُذِ النَّبِيُّ ﷺ مِنْ يَهُودِ الْمَدِينَةِ وَلَا نَصَارَى نَجْرَانَ وَلَا مَجُوسَ هَجَرَ بِذَلِكَ فَيَكُونُ بِدْعَةً. أُجِيبَ بِأَنَّهُمْ فِي زَمَنِ النَّبِيِّ ﷺ كَانُوا مَعْرُوفِينَ فِي الْمَدِينَةِ لَا يَشْتَبِهَ حَالَهُمْ فَلَمْ يَقَعْ الْاِحْتِيَاجُ إِلَى ذَلِكَ، ثُمَّ فِي زَمَنِ عُمَرَ ﷺ لَمَّا كَثُرَ النَّاسُ مِمَّنْ يُعْرِفُ مِمَّنْ لَا يُعْرِفُ وَقَعَتْ الْحَاجَةُ إِلَى ذَلِكَ، فَأَمَرَ بِذَلِكَ بِمَحْضَرٍ مِنَ الصَّحَابَةِ وَكَانَ صَوَابًا.

قَالَ ﷺ: «أَيْنَمَا دَارَ عُمَرُ فَالْحَقُّ مَعَهُ» وَقَوْلُهُ (فَإِنَّهُ جَفَاءٌ فِي حَقِّ أَهْلِ الْإِسْلَامِ) أَيُّ تَرَكُ حُسْنَ الْعِشْرَةِ بِأَهْلِ الْإِسْلَامِ لِأَنَّ فِي الْأَمْرِ لِأَهْلِ الذِّمَّةِ بِتَمْيِيزِهِمْ بِمَا يُوجِبُ إِعْزَازَهُمْ مِنَ اتِّخَاذِ الزُّنَارِ مِنَ الْإِبْرَيْسَمِ إِهَانَةً لِأَهْلِ الْإِسْلَامِ، لِأَنَّ مَنْ أَعَزَّ عَدُوَّ صَدِيقِهِ فَقَدْ أَهَانَ صَدِيقَهُ مَعْنَى. وَقَوْلُهُ (أَنْ لَا يَرْكَبُوا إِلَّا لِلضَّرُورَةِ) يَعْنِي كَالْخُرُوجِ إِلَى الرُّسْتَاقِ وَذَهَابِ الْمَرِيضِ إِلَى مَوْضِعٍ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ. وَقَوْلُهُ (بِالصِّفَةِ الَّتِي تَقَدَّمَتْ) يَعْنِي كَهَيْئَةِ الْأَكْفِ.

(وَمَنْ امْتَنَعَ مِنَ الْجِزْيَةِ أَوْ قَتَلَ مُسْلِمًا أَوْ سَبَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَوْ زَنَى بِمُسْلِمَةٍ لَمْ يُنْتَقِصْ عَهْدُهُ) لِأَنَّ الْغَايَةَ الَّتِي يَنْتَهِي بِهَا الْقِتَالُ التِّزَامُ الْجِزْيَةِ لَا أَدَاؤَهَا وَالْإِتِّزَامُ بَاقٍ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: سَبَّ النَّبِيِّ ﷺ يَكُونُ نَقْضًا؛ لِأَنَّهُ يَنْقُضُ إِيْمَانَهُ فَكَذَا يَنْقُضُ

أَمَانَهُ إِذْ عَقَدَ الدِّمْتَ خَلْفَ عَنهُ. وَلَنَا أَنْ سَبَّ النَّبِيَّ ﷺ كُفْرٌ مِنْهُ، وَالْكُفْرُ الْمَقَارِنُ لَا يَمْنَعُهُ فَالطَّارِئُ لَا يَرْفَعُهُ. قَالَ (وَلَا يُنْقَضُ الْعَهْدُ إِلَّا أَنْ يَلْحَقَ بِدَارِ الْحَرْبِ أَوْ يَغْلِبُوا عَلَى مَوْضِعٍ فَيَحَارِبُونَنَا)؛ لِأَنَّهُمْ صَارُوا حَرْبًا عَلَيْنَا فَيَعْرِى عَقْدُ الدِّمَةِ عَنِ الْفَائِدَةِ وَهُوَ دَفْعُ شَرِّ الْحِرَابِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ يُنْقَضُ إِيمَانُهُ) يَعْنِي لَوْ كَانَ مُسْلِمًا وَيَسُبُّ النَّبِيَّ ﷺ وَالْعِيَاذُ بِاللَّهِ نَقْضَ إِيمَانِهِ (فَكَذَا يُنْقَضُ أَمَانُهُ) وَدِمَّتُهُ.

(وَإِذَا نَقَضَ الدِّمَى الْعَهْدَ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الْمُرْتَدِّ) مَعْنَاهُ فِي الْحُكْمِ بِمَوْتِهِ بِالْحَقِّ؛ لِأَنَّهُ التَّحَقُّقُ بِالْأَمْوَاتِ، وَكَذَا فِي حُكْمِ مَا حَمَلَهُ مِنْ مَالِهِ، إِلَّا أَنَّهُ لَوْ أُسِرَ يُسْتَرْقُ بِخِلَافِ الْمُرْتَدِّ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَكَذَا فِي حُكْمِ مَا حَمَلَهُ مِنْ مَالِهِ) يَعْنِي أَنَّ الدِّمَى إِذَا نَقَضَ الْعَهْدَ وَلَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ وَفِي يَدِهِ مَالٌ ثُمَّ ظَهَرَ عَلَى دَارِ الْحَرْبِ يَكُونُ فِتْنًا، كَالْمُرْتَدِّ إِذَا لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ بِمَالِهِ ثُمَّ ظَهَرَ عَلَى الدَّارِ كَانَ مَالُهُ فِتْنًا. وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنَّهُ لَوْ أُسِرَ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الْمُرْتَدِّ: يَعْنِي بِخِلَافِ الْمُرْتَدِّ فَإِنَّهُ لَا يُسْتَرْقُ بَلْ يُقْتَلُ إِنْ أَصَرَ عَلَى ارْتِدَائِهِ.

فصل

(وَنَصَارَى بَنِي قَلْبٍ يُؤْخَذُ مِنْ أَمْوَالِهِمْ ضِعْفُ مَا يُؤْخَذُ مِنَ الْمُسْلِمِينَ مِنَ الزَّكَاةِ)؛ لِأَنَّ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ صَالَحَهُمْ عَلَى ذَلِكَ بِمَحْضَرٍ مِنَ الصَّحَابَةِ (وَيُؤْخَذُ مِنْ نِسَائِهِمْ وَلَا يُؤْخَذُ مِنْ صِبْيَانِهِمْ) لِأَنَّ الصَّلْحَ وَقَعَ عَلَى الصَّدَقَةِ الْمُضَاعَفَةِ، وَالصَّدَقَةُ تَحِبُّ عَلَيْهِنَ دُونَ الصَّبِيَّانِ فَكَذَا الْمُضَاعَفُ. وَقَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يُؤْخَذُ مِنْ نِسَائِهِمْ أَيْضًا، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ؛ لِأَنَّهُ جَزِيَّةٌ فِي الْحَقِيقَةِ عَلَى مَا قَالَ عُمَرُ: هَذِهِ جَزِيَّةٌ فَسَمَوْهَا مَا شِئْتُمْ، وَلِهَذَا تُصَرَّفُ مَصَارِفُ الْجَزِيَّةِ وَلَا جَزِيَّةٌ عَلَى النِّسْوَانِ. وَلَنَا أَنَّهُ مَالٌ وَجَبَ بِهِ الصَّلْحُ، وَالْمَرَأَةُ مِنْ أَهْلِ وَجُوبِ مِثْلِهِ عَلَيْهَا وَالْمَصْرَفُ مَصَالِحُ الْمُسْلِمِينَ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ بَيْتِ الْمَالِ وَذَلِكَ لَا يَخْتَصُّ بِالْجَزِيَّةِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَرَاى فِيهِ شَرَائِطُهَا (وَيُوضَعُ عَلَى مَوْلَى التَّغْلِبِيِّ الْخَرَاجُ) أَيِ الْجَزِيَّةِ (وَخَرَاجُ الْأَرْضِ بِمَنْزِلَةِ مَوْلَى الْقُرَشِيِّ) وَقَالَ زُفَرٌ: يُضَاعَفُ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إِنَّ مَوْلَى الْقَوْمِ مِنْهُمْ»؛ أَلَا تَرَى أَنَّ مَوْلَى الْهَاشِمِيِّ يَلْحَقُ بِهِ فِي حَقِّ حُرْمَةِ

الصَّدَقَةِ. وَلَنَا أَنَّ هَذَا تَخْفِيفٌ وَالْمَوْلَى لَا يَلْحَقُ بِالْأَصْلِ فِيهِ، وَهَذَا تَوْضُعُ الْجِزْيَةِ عَلَى مَوْلَى الْمُسْلِمِ إِذَا كَانَ نَصْرَانِيًّا، بِخِلَافِ حُرْمَةِ الصَّدَقَةِ لِأَنَّ الْحُرُمَاتِ تَثْبُتُ بِالشُّبُهَاتِ فَالْحَقُّ الْمَوْلَى بِالْهَاشِمِيِّ فِي حَقِّهِ، وَلَا يَلْزَمُ مَوْلَى الْغَنِيِّ حَيْثُ لَا تَحْرُمُ عَلَيْهِ الصَّدَقَةُ، لِأَنَّ الْغَنِيَّ مِنْ أَهْلِهِا، وَإِنَّمَا الْغَنِيُّ مَانِعٌ وَلَمْ يُوجَدْ فِي حَقِّ الْمَوْلَى، أَمَّا الْهَاشِمِيُّ فَلَيْسَ بِأَهْلٍ لِهَذِهِ الصَّلَةِ أَصْلًا لِأَنَّهُ صَبِيٌّ لَشَرْفِهِ وَكَرَامَتِهِ عَنْ أَوْسَاخِ النَّاسِ فَالْحَقُّ بِهِ مَوْلَاهُ.

الشرح:

(فصل): ذَكَرَ نَصَارَى بَنِي تَغْلِبَ فِي فَصْلِ عَلَى حَدِّهِ، لِأَنَّ لَهُمْ أَحْكَامًا مَخْصُوصَةً بِهِمْ تُخَالِفُ أَحْكَامَ سَائِرِ النَّصَارَى، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَالْأَصْلُ فِيهِ مَا ذَكَرَ أَبُو يُوسُفَ فِي كِتَابِ الْخَرَاجِ بِإِسْنَادِهِ إِلَى دَاوُدَ بْنِ كُرْدُوسٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ التُّعْمَانِ التَّغْلِبِيِّ أَنَّهُ قَالَ لِعُمَرَ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ إِنَّ بَنِي تَغْلِبَ مَنْ قَدْ عَلِمْتَ شَوْكَتَهُمْ وَإِنَّهُمْ بِإِزَاءِ الْعَدُوِّ، فَإِنْ ظَاهَرُوا عَلَيْكَ الْعَدُوُّ اشْتَدَّتْ الْمُؤَنَةُ، فَإِنْ رَأَيْتَ أَنَّ تُعْطِيَهُمْ شَيْئًا فَافْعَلْ، قَالَ: فَصَالِحُهُمْ عُمَرُ عَلَى أَنْ لَا يَعْمِسُوا أَحَدًا مِنْ أَوْلَادِهِمْ فِي النَّصْرَانِيَّةِ، وَتَضَاعَفُ عَلَيْهِمُ الصَّدَقَةُ، وَعَلَى أَنْ تَسْقُطَ الْجِزْيَةُ عَنْ رُءُوسِهِمْ، فَكُلُّ نَصْرَانِيٍّ مِنْ بَنِي تَغْلِبَ لَهُ عَنَمٌ سَائِمَةٌ فَلَيْسَ فِيهَا شَيْءٌ حَتَّى تَبْلُغَ أَرْبَعِينَ، فَإِذَا بَلَغَتْ أَرْبَعِينَ شَاءَ سَائِمَةٌ فِيهَا شَاتَانِ إِلَى مِائَةٍ وَعِشْرِينَ، فَإِذَا زَادَتْ وَاحِدَةً فِيهَا أَرْبَعٌ مِنَ الْعَنَمِ، وَعَلَى هَذَا الْحِسَابِ تُؤْخَذُ صَدَقَاتُهُمْ، وَكَذَلِكَ الْإِبِلُ وَالْبَقَرُ إِذَا وَجَبَ عَلَى الْمُسْلِمِ شَيْءٌ فِي ذَلِكَ فَعَلَى التَّغْلِبِيِّ مِثْلُهُ مَرَّتَيْنِ، وَنِسَاؤُهُمْ كَرَجَالِهِمْ فِي الصَّدَقَةِ، وَأَمَّا الصَّبِيَّانُ فَلَيْسَ عَلَيْهِمُ شَيْءٌ وَكَذَلِكَ أَرَاضِيَهُمُ الَّتِي كَانَتْ فِي أَيْدِيهِمْ يَوْمَ صُوحُوا يُؤْخَذُ مِنْهُمْ الضَّعْفُ مِمَّا يُؤْخَذُ مِنَ الْمُسْلِمِينَ. وَقَوْلُهُ (وَالْمَرْأَةُ مِنْ أَهْلِ وَجُوبِ مِثْلِهِ) أَيُّ مِثْلِ مَالٍ وَجَبَ بِالصُّلْحِ. وَقَوْلُهُ (أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يُرَاعَى فِيهِ شَرَائِطُهَا) أَيُّ فِيمَا أُخِذَ مِنْهُمْ مِنَ الْمَضَاعِفِ شَرَائِطُ الْجِزْيَةِ مِنْ وَصْفِ الصَّغَارِ كَعَدَمِ الْقَبُولِ مِنْ يَدِ النَّائِبِ وَالْإِعْطَاءِ قَائِمًا وَالْقَابِضُ قَاعِدٌ، وَأَخَذَ التَّلْيِيبَ عَلَى مَا مَرَّ.

قَوْلُهُ (وَيُوضَعُ عَلَى مَوْلَى التَّغْلِبِيِّ الْخَرَاجُ: أَيُّ الْجِزْيَةُ وَخَرَاجُ الْأَرْضِ بِمَنْزِلَةِ مَوْلَى الْقُرَشِيِّ) أَيُّ لَا تُؤْخَذُ الْجِزْيَةُ وَخَرَاجُ الْأَرْضِ مِنَ الْقُرَشِيِّ وَتُؤْخَذُ مِنْ مُعْتَقِهِ فَكَذَلِكَ هَاهُنَا تُؤْخَذُ الْجِزْيَةُ مِنْ مُعْتَقِ التَّغْلِبِيِّ وَإِنْ لَمْ تُؤْخَذْ مِنَ التَّغْلِبِيِّ (قَوْلُهُ وَلَنَا أَنَّ

هَذَا) أَي أَخَذَ مُضَاعَفَ الزَّكَاءِ (تَخْفِيفٌ) يَعْنِي لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ وَصْفُ الصَّغَارِ بِخِلَافِ الْجِزْيَةِ (وَالْمَوْلَى لَا يُلْحَقُ بِالْأَصْلِ فِيهِ) أَي فِي التَّخْفِيفِ (وَهَذَا) أَي وَلَكُونَ الْمَوْلَى لَا يُلْحَقُ بِالْأَصْلِ فِي التَّخْفِيفِ (تَوْضُعُ الْجِزْيَةِ عَلَى مَوْلَى الْمُسْلِمِ إِذَا كَانَ نَصْرَانِيًّا) وَلَمْ يُلْحَقْ بِمَوْلَاهُ فِي تَرْكِ الْجِزْيَةِ وَإِنْ كَانَ الْإِسْلَامُ أَعْلَى أَسْبَابِ التَّخْفِيفِ وَأَوَّلَاهَا. فَإِنْ قِيلَ: حُرْمَةُ الصَّدَقَةِ لَيْسَتْ بِتَغْلِيظٍ بَلْ هِيَ تَخْفِيفٌ بِالتَّخْلِيصِ عَنِ التَّدْنُسِ بِالْآثَامِ وَقَدْ أُلْحِقَ مَوْلَى الْهَاشِمِيِّ فِيهَا بِالْهَاشِمِيِّ أَجَابَ بِقَوْلِهِ بِخِلَافِ حُرْمَةِ الصَّدَقَةِ إلخ. وَقَوْلُهُ (فِي حَقِّهِ) أَي فِيمَا هُوَ حَقُّ مَوْلَاهُ وَهُوَ حُرْمَةُ الصَّدَقَةِ.

فَإِنْ قِيلَ: مَا بَالُ مَوْلَى الْعَنِيِّ لَمْ يُلْحَقْ بِهِ فِي حُرْمَةِ الصَّدَقَةِ وَالْعِلَّةُ الْمَذْكُورَةُ وَهِيَ أَنَّ الْحُرْمَاتِ ثَبُتُ بِالشُّبُهَاتِ مَوْجُودَةٌ؟ أَجَابَ بِقَوْلِهِ (لَأَنَّ الْعَنِيَّ مِنْ أَهْلِهَا) أَي مِنْ أَهْلِ الصَّدَقَةِ فِي الْحُمْلَةِ وَهَذَا حَلَّتْ لَهُ إِذَا كَانَ عَامِلًا (وَأَمَّا الْعَنِيُّ مَانِعٌ وَلَمْ يُوجَدْ فِي حَقِّ الْمَوْلَى، وَأَمَّا الْهَاشِمِيُّ فَلَيْسَ بِأَهْلٍ لَهَا أَصْلًا لِأَنَّهُ صَبَنَ لَشَرَفِهِ. وَكَرَامَتِهِ عَنِ أَوْسَاحِ النَّاسِ فَالْحَقُّ بِهِ مَوْلَاهُ) وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ: حُرْمَةُ الصَّدَقَةِ عَلَى بَنِي هَاشِمٍ تَشْرِيفٌ لَهُمْ، وَفِي الْخَاقِ الْمَوَالِي بِهِمْ زِيَادَةٌ فِي التَّشْرِيفِ وَحُرْمَتُهَا عَلَى الْعَنِيِّ لِعَنَاهُ، وَفِي الْخَاقِ مَوْلَاهُ بِهِ لَا يَزِيدُ غَنًى، وَلَمْ يَذْكُرِ الْجَوَابَ عَمَّا اسْتَدَلَّ بِهِ زُفَرٌ مِنَ الْحَدِيثِ وَهُوَ أَنَّهُ غَيْرُ مُجَرَّى عَلَى عُمُومِهِ، فَإِنَّ مَوْلَى الْهَاشِمِيِّ لَيْسَ كَهُوَ فِي الْكِفَاةِ بِالْإِجْمَاعِ فَوَجَبَ التَّأْوِيلُ بِأَنَّهُ مَحْمُولٌ عَلَى التَّعَاوُنِ وَالتَّنَاصُرِ لِأَنَّهُ مِنْ لَوَازِمِهِ، فَإِنَّ الرَّجُلَ إِذَا كَانَ مِنَ الْقَوْمِ يَقُومُ بِنُصْرَتِهِمْ.

وَقَالَ شَمْسُ الْأَيْمَةِ السَّرْحَسِيُّ: الْقِيَاسُ فِي الْكُلِّ سَوَاءٌ، وَهُوَ أَنْ لَا يُلْحَقَ مَوْلَى الْقَوْمِ بِهِمْ إِلَّا أَنْ وَرُودَ الْحَدِيثِ كَانَ فِي حُرْمَةِ الصَّدَقَةِ عَلَى بَنِي هَاشِمٍ، وَهُوَ مَا رُوِيَ: «أَنْ أَبَا رَافِعٍ سَأَلَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ: أَتَحِلُّ لَهُ الصَّدَقَةُ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: لَا، أَلَيْتَ مَوْلَانَا وَمَوْلَى الْقَوْمِ مِنْ أَنْفُسِهِمْ» وَالْمَخْصُوصُ مِنَ الْقِيَاسِ بِالنَّصِّ لَا يُلْحَقُ بِهِ مَا لَيْسَ فِي مَعْنَاهُ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، وَهَذَا لَيْسَ فِي مَعْنَى مَا وَرَدَ فِيهِ النَّصُّ لِأَنَّ ذَلِكَ كَانَ لِإِظْهَارِ فَضِيلَةِ قَرَابَةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي الْخَاقِ مَوْلَاهُمْ بِهِمْ وَمَوْلَى التَّغْلِيْبِ لَيْسَ مِنْ ذَلِكَ فِي شَيْءٍ.

قَالَ: (وَمَا جَبَاهُ الْإِمَامُ مِنَ الْخَرَاجِ وَمِنْ أَمْوَالِ بَنِي تَغْلِبَ وَمَا أَهْدَاهُ أَهْلُ الْحَرْبِ إِلَى الْإِمَامِ وَالْجِزْيَةُ يُصْرَفُ فِي مَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ كَسَدِّ الثُّغُورِ وَبِنَاءِ الْقَنَاظِيرِ وَالْجُسُورِ، وَيُعْطَى قُضَاةُ الْمُسْلِمِينَ وَعَمَّا لَهُمْ وَعِلْمَاؤُهُمْ مِنْهُ مَا يَكْفِيهِمْ، وَيُدْفَعُ مِنْهُ أَرْزَاقُ الْمُقَاتِلَةِ

وَذَرَارِيهِمْ؛) لِأَنَّهُ مَالٌ بَيْتُ الْمَالِ فَإِنَّهُ وَصَلَ إِلَى الْمُسْلِمِينَ مِنْ غَيْرِ قِتَالٍ وَهُوَ مُعَدٌّ لِمَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ وَهَؤُلَاءِ عَمَلَتْهُمْ وَنَفَقَتْ الذَّرَارِيُّ عَلَى الْأَبَاءِ، فَلَوْ لَمْ يُعْطُوا كِفَايَتَهُمْ لاحتاجوا إلى الاكْتِسَابِ فَلَا يَتَفَرَّغُونَ لِلْقِتَالِ (وَمَنْ مَاتَ فِي نِصْفِ السَّنَةِ فَلَا شَيْءَ لَهُ مِنَ الْعَطَاءِ) لِأَنَّهُ نَوْعٌ صِلَةٍ وَلَيْسَ بِبَدِينٍ؛ وَلِهَذَا سُمِّيَ عَطَاءٌ فَلَا يُمْلِكُ قَبْلَ الْقَبْضِ وَيَسْقُطُ بِالمَوْتِ، وَأَهْلُ الْعَطَاءِ فِي زَمَانِنَا مِثْلُ الْقَاضِي وَالْمُدْرَسِ وَالْمُفْتِي، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَا جَبَاهُ الْإِمَامُ) أَيِ جَمَعُهُ، وَالتَّغُورُ جَمْعُ تَغَرٍّ وَهُوَ مَوْضِعُ مَخَافَةِ الْبُلْدَانِ، وَالْقَنْطَرَةُ مَا لَا يُرْفَعُ، وَالْجَسْرُ مَا يُرْفَعُ. (قَوْلُهُ وَهَؤُلَاءِ عَمَلَتْهُمْ) أَيِ الْقَضَاءِ وَعَمَّالُهُمْ وَالْعُلَمَاءُ عَمَلَةُ الْمُسْلِمِينَ وَالْعَمَلَةُ جَمْعُ عَامِلٍ (قَوْلُهُ فَلَا شَيْءَ لَهُ مِنَ الْعَطَاءِ) الْعَطَاءُ مَا يُكْتَبُ لِلْغَزَاةِ فِي الدِّيَّانِ وَلِكُلِّ مَنْ قَامَ بِأَمْرٍ مِنْ أُمُورِ الدِّينِ كَالْقَاضِي وَالْمُفْتِي وَالْمُدْرَسِ، وَفِي الْإِبْتِدَاءِ كَانَ يُعْطَى كُلُّ مَنْ كَانَ لَهُ ضَرْبُ مَرْيَةٍ فِي الْإِسْلَامِ كَأَزْوَاجِ النَّبِيِّ ﷺ وَأَوْلَادِ الْمُهَاجِرِينَ وَالْأَنْصَارِ، وَكَذَلِكَ لَوْ مَاتَ فِي آخِرِ السَّنَةِ لَا يُورَثُ الْعَطَاءُ لِأَنَّهُ صِلَةٌ فَلَا يُمْلِكُ قَبْلَ الْقَبْضِ وَإِنَّمَا وَضَعَ الْمَسْأَلَةَ فِي نِصْفِ السَّنَةِ، لِأَنَّهُ لَوْ مَاتَ فِي آخِرِ السَّنَةِ يُسْتَحَبُّ صَرْفُ ذَلِكَ إِلَى قَرِيْبِهِ لِأَنَّهُ قَدْ أَوْفَى عَنَاءَهُ فَيُسْتَحَبُّ الصَّرْفُ إِلَى قَرِيْبِهِ لِيَكُونَ أَقْرَبَ إِلَى الْوَفَاءِ.

بَابُ أَحْكَامِ الْمُرْتَدِّينَ

قَالَ (وَإِذَا ارْتَدَّ الْمُسْلِمُ عَنِ الْإِسْلَامِ وَالْعِيَادُ بِاللَّهِ عَرْضٌ عَلَيْهِ الْإِسْلَامُ، فَإِنْ كَانَتْ لَهُ شُبْهَةٌ كُحِفَتْ عَنْهُ) لِأَنَّهُ عَسَاهُ اعْتَرَتْهُ شُبْهَةٌ فَتَزَاحُ، وَفِيهِ دَفْعُ شَرِّهِ بِأَحْسَنِ الْأَمْرَيْنِ، إِلَّا أَنْ الْعَرْضَ عَلَى مَا قَالُوا غَيْرُ وَاجِبٍ؛ لِأَنَّ الدَّعْوَةَ بِلِغَتِهِ. قَالَ (وَيُحْبَسُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، فَإِنْ أَسْلَمَ وَإِلَّا قُتِلَ. وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: الْمُرْتَدُّ يُعْرَضُ عَلَيْهِ الْإِسْلَامُ فَإِنْ أَبَى قُتِلَ) وَتَأْوِيلُ الْأَوَّلِ أَنَّهُ يَسْتَمِيلُ فَيَمُهِلُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ لِأَنَّهَا مُدَّةٌ ضَرِبَتْ لِإِبْلَاءِ الْأَعْدَادِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُسْتَحَبُّ أَنْ يُؤْجَلَهُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ طَلَبَ ذَلِكَ أَوْ لَمْ يَطْلُبْ. وَعَنْ الشَّافِعِيِّ أَنَّ عَلَى الْإِمَامِ أَنْ يُؤْجَلَهُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، وَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَقْتُلَهُ قَبْلَ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ ارْتِدَادَ الْمُسْلِمِ يَكُونُ عَنْ شُبْهَةٍ ظَاهِرًا فَلَا بُدَّ مِنْ مُدَّةٍ يُمْكِنُهُ التَّأَمُّلُ فَقَدَرْنَاهَا بِالثَّلَاثَةِ. وَلَنَا قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ﴾ [التوبة: ٥] مِنْ غَيْرِ قَيْدٍ الْإِمَهَالِ، وَكَذَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ

وَالسَّلَامُ: «مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ» ^(١) وَلَأَنَّهُ كَافِرٌ حَرْبِيٌّ بَلَغَتْهُ الدَّعْوَةُ فَيُقْتَلُ لِلْحَالِ مِنْ غَيْرِ اسْتِمْهَالٍ، وَهَذَا؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ تَأْخِيرُ الْوَاجِبِ لِأَمْرِ مَوْهُومٍ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْحُرِّ وَالْعَبْدِ لِإِطْلَاقِ الدَّلَائِلِ. وَكَيْفِيَّةُ تَوْبَتِهِ أَنْ يَتَبَرَّأَ عَنِ الْأَدْيَانِ كُلِّهَا سِوَى الْإِسْلَامِ؛ لِأَنَّهُ لَا دِينَ لَهُ، وَلَوْ تَبَرَّأَ عَمَّا انْتَقَلَ إِلَيْهِ كَفَاهُ لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ.

الشرح:

(بَابُ أَحْكَامِ الْمُتَدَيِّنِينَ): لَمَّا فَرَّغَ مِنْ بَيَانِ أَحْكَامِ الْكُفْرِ الْأَصْلِيِّ ذَكَرَ فِي هَذَا الْبَابِ أَحْكَامَ الْكُفْرِ الطَّارِئِ، لِأَنَّ الطَّارِئَ إِنَّمَا هُوَ بَعْدَ وُجُودِ الْأَصْلِيِّ وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنْ الْعَرَضَ عَلَى مَا قَالُوا غَيْرُ وَاجِبٍ) ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ. قَالَ فِي الْإِيضَاحِ: وَيُسْتَحَبُّ عَرْضُ الْإِسْلَامِ عَلَى الْمُتَدَيِّنِينَ، هَكَذَا رَوَى عَنْ عُمَرَ لَأَنْ رَجَاءَ الْعَوْدِ إِلَى الْإِسْلَامِ نَابِتٌ لَاحْتِمَالِ أَنْ الرَّدَّةَ كَانَتْ بَاعْتِرَاضِ شُبْهَةٍ. وَقَوْلُهُ (وَتَأْوِيلُ الْأَوَّلِ) يَعْنِي بِهِ قَوْلُهُ وَيُحْبَسُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ (أَنَّهُ يُسْتَمْهَلُ) أَيُّ يَطْلُبُ الْمُهْلَةَ فَيَحْبَسُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَطْلُبْ فَالظَّاهِرُ مِنْ حَالِهِ أَنَّهُ مُتَعَنَّتْ فِي ذَلِكَ فَلَا بَأْسَ بِقَتْلِهِ، إِلَّا أَنَّهُ يُسْتَحَبُّ أَنْ يُسْتَتَابَ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ كَافِرٍ بَلَغَتْهُ الدَّعْوَةُ. فَإِنْ قِيلَ: تَقْدِيرُ الْمُدَّةِ هَاهُنَا بِثَلَاثَةِ أَيَّامٍ نَصَبَ الْحُكْمِ بِالرَّأْيِ فِيمَا لَا مَدْخَلَ لَهُ فِيهِ لِأَنَّهُ مِنَ الْمَقَادِيرِ. أُجِيبَ بِأَنَّ هَذَا مِنْ قِبَلِ اثْبَاتِ الْحُكْمِ بِدَلَالَةِ النَّصِّ، لِأَنَّ وُرُودَ النَّصِّ فِي خِيَارِ الْبَيْعِ بِثَلَاثَةِ أَيَّامٍ وَرَدَّ فِيهِ، لِأَنَّ التَّقْدِيرَ بِثَلَاثَةِ أَيَّامٍ هُنَاكَ إِنَّمَا كَانَ لِلتَّأَمُّلِ، وَالتَّقْدِيرُ بِهَا هَاهُنَا أَيْضًا لِلتَّأَمُّلِ. وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّهُ كَافِرٌ حَرْبِيٌّ) بَيَانُهُ أَنَّهُ كَافِرٌ حَرْبِيٌّ لَا مَحَالَةَ وَلَيْسَ بِمُسْتَأْمَنٍ لِأَنَّهُ لَمْ يَطْلُبِ الْأَمَانَ وَلَا ذِمَّةً لِأَنَّهُ لَمْ يَقْبَلْ مِنْهُ الْجِزْيَةَ فَكَانَ حَرْبِيًّا. وَقَوْلُهُ (لِإِطْلَاقِ الدَّلَائِلِ) يَعْنِي قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ﴾ [التوبة: ٥] وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ» (وَكَيفِيَّةُ تَوْبَتِهِ أَنْ يَتَبَرَّأَ عَنِ الْأَدْيَانِ كُلِّهَا) يَعْنِي بَعْدَ الْإِثْبَانِ بِالشَّهَادَتَيْنِ.

قَالَ (فَإِنْ قَتَلَهُ قَاتِلٌ قَبْلَ عَرْضِ الْإِسْلَامِ عَلَيْهِ كُفْرُهُ، وَلَا شَيْءَ عَلَى الْقَاتِلِ) وَمَعْنَى الْكَرَاهِيَّةِ هَاهُنَا تَرْكُ الْمُسْتَحَبِّ وَانْتِفَاءُ الضَّمَانِ؛ لِأَنَّ الْكُفْرَ مُبِيحٌ لِلْقَتْلِ، وَالْعَرَضُ بَعْدَ بُلُوغِ الدَّعْوَةِ غَيْرُ وَاجِبٍ.

(١) أخرجه البخاري في الجهاد باب ١٤٩، واستتابة المرتدين باب ٢ عن ابن عباس، وانظر نصب الراية (٦٨٦/٣).

(وَأَمَّا الْمُرْتَدَّةُ فَلَا تُقْتَلُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ تُقْتَلُ لِمَا رَوَيْنَا؛ وَلأنَّ رِدَّةَ الرَّجُلِ مُبِيحَةٌ لِلْقَتْلِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ جِنَايَةٌ مُتَغَلِّظَةٌ فَتُنَاطُ بِهَا عُقُوبَةٌ مُتَغَلِّظَةٌ وَرِدَّةُ الْمَرْأَةِ تُشَارِكُهَا فِيهَا فَتُشَارِكُهَا فِي مُوجِبِهَا. وَلَنَا «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنِ قَتْلِ النِّسَاءِ»، وَلأنَّ الْأَصْلَ تَأْخِيرُ الْأَجْزِيَةِ إِلَى دَارِ الْآخِرَةِ إِذْ تَعْجِيلُهَا يُخِلُّ بِمَعْنَى الْإِبْتِلَاءِ، وَإِنَّمَا عُدِلَ عَنْهُ دَفْعًا لَشَرِّ نَاجِزٍ وَهُوَ الْحِرَابُ، وَلَا يَتَوَجَّهُ ذَلِكَ مِنَ النِّسَاءِ؛ لِعَدَمِ صَلَاحِيَّةِ الْبِنِيَّةِ، بِخِلَافِ الرِّجَالِ فَصَارَتِ الْمُرْتَدَّةُ كَالْأَصْلِيَّةِ قَالَ (وَلَكِنْ تُحْبَسُ حَتَّى تُسَلَّمَ)؛ لِأَنَّهَا امْتَنَعَتْ عَنِ إِيْفَاءِ حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى بَعْدَ الْإِقْرَارِ فَتُجْبَرُ عَلَى إِيْفَائِهِ بِالْحَبْسِ كَمَا فِي حُقُوقِ الْعِبَادِ (وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَتُجْبَرُ الْمَرْأَةُ عَلَى الْإِسْلَامِ حُرَّةً كَانَتْ أَوْ أَمَةً. وَالْأَمَةُ يُجْبَرُهَا مَوْلَاهَا) أَمَّا الْجَبَرُ فَلَمَّا ذَكَرْنَا، وَمِنَ الْمَوَلَى؛ لِمَا فِيهِ مِنَ الْجَمْعِ بَيْنَ الْحَقِّينِ، وَيُرْوَى تُضْرَبُ فِي كُلِّ أَيَّامٍ مُبَالِغَةً فِي الْحَمَلِ عَلَى الْإِسْلَامِ.

الشرح:

(وَأَمَّا الْمُرْتَدَّةُ فَلَا تُقْتَلُ) فَإِنْ قَتَلَهَا رَجُلٌ لَمْ يَضْمَنْ شَيْئًا حُرَّةً كَانَتْ أَوْ أَمَةً. قَالَ فِي النَّهَائَةِ: كَذًا فِي الْمَبْسُوطِ. وَقَوْلُهُ (لِمَا رَوَيْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ» وَهَذِهِ الْكَلِمَةُ تُعْمُ الرِّجَالُ وَالنِّسَاءُ كَقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾ [البقرة: ١٨٥] وَلأنَّ رِدَّةَ الرَّجُلِ مُبِيحَةٌ لِلْقَتْلِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهَا جِنَايَةٌ مُتَغَلِّظَةٌ وَكُلُّ مَا هُوَ جِنَايَةٌ مُتَغَلِّظَةٌ (يُنَاطُ بِهَا عُقُوبَةٌ مُتَغَلِّظَةٌ، وَرِدَّةُ الْمَرْأَةِ تُشَارِكُ رِدَّةَ الرَّجُلِ فِي هَذِهِ الْعِلَّةِ فَيَجِبُ أَنْ تُشَارِكَهَا فِي مُوجِبِهَا) لِأَنَّ الْإِشْتِرَاكَ فِي الْعِلَّةِ يُوجِبُ الْإِشْتِرَاكَ فِي الْمَعْلُولِ وَصَارَ كَالزُّنَا وَشُرْبِ الْخَمْرِ وَالسَّرِقَةِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ إِثْبَاتٌ مَا يُدْرَأُ بِالرَّأْيِ وَلَنَا «أَنَّهُ ﷺ نَهَى عَنِ قَتْلِ النِّسَاءِ» وَلأنَّ الْقَتْلَ جَزَاءُ الْكُفْرِ (وَالْأَصْلُ فِي الْأَجْزِيَةِ تَأْخِيرُهَا إِلَى دَارِ الْجَزَاءِ وَهِيَ الْآخِرَةُ لِأَنَّ تَعْجِيلَهَا يُخِلُّ بِمَعْنَى الْإِبْتِلَاءِ) الَّذِي هُوَ مِنَ اللَّهِ تَعَالَى إِظْهَارُ عِلْمِهِ لِأَنَّ النَّاسَ يَمْتَنِعُونَ خَوْفًا مِنْ لُحُوقِهِ فَصَارُوا فِي الْمَعْنَى كَالْمَجْبُورِينَ وَفِيهِ إِخْلَالٌ بِالْإِبْتِلَاءِ (وَإِنَّمَا عُدِلَ عَنْهُ) أَيُّ عَنْ هَذَا الْأَصْلِ إِلَى تَعْجِيلِ بَعْضِهَا (دَفْعًا لَشَرِّ نَاجِزٍ وَهُوَ الْحِرَابُ، وَلَا يَتَوَجَّهُ ذَلِكَ فِي النِّسَاءِ) لِأَنَّ بَنِيَّتَهُنَّ غَيْرُ صَالِحَةٍ لِدَلَالَةِ ذَلِكَ (بِخِلَافِ الرِّجَالِ فَصَارَتِ الْمُرْتَدَّةُ كَالْأَصْلِيَّةِ) وَالْكَافِرَةُ الْأَصْلِيَّةُ لَا تُقْتَلُ فَكَذَا الْمُرْتَدَّةُ.

وَمَا قِيلَ «إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَتَلَ مُرْتَدَّةً» فَقَدْ قِيلَ إِنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَمْ يَقْتُلْهَا بِمُجَرَّدِ الرَّدَّةِ بَلْ لَأَنَّهَا كَانَتْ سَاحِرَةً شَاعِرَةً تَهْجُو رَسُولَ اللَّهِ ﷺ وَكَانَ لَهَا ثَلَاثُونَ ابْنًا وَهِيَ تُحَرِّضُهُمْ عَلَى قِتَالِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَأَمَرَ بِقَتْلِهَا. وَالْجَوَابُ عَمَّا رُوِيَ أَنَّهُ لَيْسَ بِمُجَرَّدِي عَنْ ظَاهِرِهِ لِأَنَّ التَّبْدِيلَ يَتَحَقَّقُ مِنَ الْكَافِرِ إِذَا أَسْلَمَ، فَعَرَفْنَا أَنَّهُ عَامٌّ لِحَقِّهِ خُصُوصٌ فَيُخَصَّصُ الْمُتَنَازِعُ فِيهِ بِمَا ذَكَرْنَا فِي الْمَعْنَى، وَقَوْلُهُ (وَلَكِنْ تُحَسِّنُ) ظَاهِرٌ وَأَعَادَ رِوَايَةَ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لَاشْتِمَالِهَا عَلَى ذِكْرِ الْجَبْرِ وَالْحُرَّةِ وَالْأَمَةِ. وَقَوْلُهُ (وَالْأَمَةُ يُجْبِرُهَا مَوْلَاهَا) قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِذَا ارْتَدَّتِ الْأَمَةُ وَاحْتَجَّ الْمَوْلَى إِلَى خِدْمَتِهَا دُفِعَتْ إِلَيْهِ وَأَمَرَهُ الْقَاضِي أَنْ يُجْبِرَهَا عَلَى الْإِسْلَامِ.

قَالَ الْمُصَنِّفُ (أَمَّا الْجَبْرُ فَلَمَّا ذَكَرْنَا) يَعْنِي أَنَّهَا امْتَنَعَتْ عَنْ إيفاءِ حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى بَعْدَ الْإِقْرَارِ (وَمِنَ الْمَوْلَى لَمَّا فِيهِ مِنَ الْجَمْعِ بَيْنَ الْحَقِيقَيْنِ) أَيِ الْجَبْرِ وَالْإِسْتِخْدَامِ، وَلَمْ يُشْتَرَطْ فِي الْكِتَابِ حَاجَةُ الْمَوْلَى إِلَى خِدْمَتِهَا وَهِيَ رِوَايَةُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ، وَشَرَطَهَا فِي رِوَايَةٍ. قَالَ فَخَرُ الْإِسْلَامِ رَحِمَهُ اللَّهُ: وَالصَّحِيحُ أَنَّهَا تُدْفَعُ إِلَى الْمَوْلَى احْتِجَاجًا إِلَيْهَا أَوْ اسْتَعْنَى. وَقَالَ: وَكَذَلِكَ لَا يُشْتَرَطُ طَلَبُ الْمَوْلَى. فَإِنْ قِيلَ: لِلْمَوْلَى حَقُّ الْإِسْتِخْدَامِ فِي الْعَبْدِ وَالْأَمَةِ جَمِيعًا فَكَيْفَ دُفِعَتْ إِلَيْهِ الْأَمَةُ دُونَ الْعَبْدِ؟ أُجِيبُ بِأَنَّ الْعَبْدَ إِذَا أَبَى قِتْلَ فَلَا فَائِدَةَ فِي الدَّفْعِ إِلَى الْمَوْلَى

قَالَ (وَيَزُولُ مِلْكُ الْمُرْتَدِّ عَنْ أَمْوَالِهِ بِرِدَّتِهِ زَوَالًا مُرَاعَى، فَإِنْ أَسْلَمَ عَادَتْ عَلَى حَالِهَا، قَالُوا: هَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعِنْدَهُمَا لَا يَزُولُ مِلْكُهُ؛ لِأَنَّهُ مُكَلَّفٌ مُحْتَاجٌ، فَإِذَا أَنْ يَقْتُلَ يَبْقَى مِلْكُهُ كَالْمُحْكُومِ عَلَيْهِ بِالرَّجْمِ وَالْقِصَاصِ.

وَلَهُ أَنَّهُ حَرْبِيٌّ مَقْهُورٌ تَحْتَ أَيْدِينَا حَتَّى يَقْتُلَ، وَلَا قِتْلَ إِلَّا بِالْحِرَابِ، وَهَذَا يُوجِبُ زَوَالَ مِلْكِهِ وَمَالِكِيَّتِهِ، غَيْرَ أَنَّهُ مَدْعُوٌّ إِلَى الْإِسْلَامِ بِالْإِجْبَارِ عَلَيْهِ وَيُرْجَى عَوْدُهُ إِلَيْهِ فَتَوْقُفُنَا فِي أَمْرِهِ، فَإِنْ أَسْلَمَ جُعِلَ الْعَارِضُ كَأَن لَمْ يَكُنْ فِي حَقِّ هَذَا الْحُكْمِ وَصَارَ كَأَن لَمْ يَزَلْ مُسْلِمًا وَلَمْ يَعْمَلِ السَّبَبُ، وَإِنْ مَاتَ أَوْ قُتِلَ عَلَى رِدَّتِهِ أَوْ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ وَحُكِمَ بِلِحَاقِهِ اسْتَقَرَّ كُفْرُهُ فَيَعْمَلُ السَّبَبُ عَمَلَهُ وَزَالَ مِلْكُهُ.

الشرح:

قَالَ (وَيَزُولُ مِلْكُ الْمُرْتَدِّ عَنْ أَمْوَالِهِ بِرِدَّتِهِ زَوَالًا مُرَاعَى) أَيِ مَوْقُوفًا إِلَى أَنْ يَتَيَسَّنَّ

حَالُهُ، فَإِنْ أَسْلَمَ عَادَتْ عَلَى حَالِهَا، قَالُوا) أَيُّ الْمَشَايخُ (هَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعِنْدَهُمَا لَا يَزُولُ لَأَنَّهُ مُكَلَّفٌ مُحْتَاجٌ) وَكُلُّ مَنْ هُوَ كَذَلِكَ يَجِبُ عَدَمُ زَوَالِ مِلْكِهِ لَأَنَّهُ لَا يَتِمَكَّنُ مِنْ إِقَامَةِ مُوجِبِ التَّكْلِيفِ إِلَّا بِالْمِلِكِ، فَيَبْقَى مِلْكُهُ (إِلَى أَنْ يُقْتَلَ كَالْمَحْكُومِ عَلَيْهِ بِالرَّجْمِ وَالْقِصَاصِ) وَالْجَامِعُ أَنَّ كُلًّا مِنْهُم مُكَلَّفٌ مُبَاحُ الدِّمِ (وَلَهُ أَنَّهُ حَرْبِيٌّ مَقْهُورٌ تَحْتَ أَيْدِينَا) بِدَلِيلٍ أَنَّهُ يُقْتَلُ (وَلَا قَتْلُ إِلَّا بِالْحِرَابِ) فَكَانَ الْقَتْلُ هَاهُنَا مُسْتَلَزِمًا لِلْحِرَابِ لِأَنَّ نَفْسَ الْكُفْرِ لَيْسَ بِمُبِيحٍ لَهُ وَلِهَذَا لَا يُقْتَلُ الْأَعْمَى وَالْمُقْعَدُ وَالشَّيْخُ الْفَانِي، وَقَدْ تَحَقَّقَ الْمَلْزُومُ بِالِاتِّفَاقِ وَهُوَ كَوْنُهُ مِمَّنْ يُقْتَلُ فَلَا بُدَّ مِنْ لَازِمِهِ وَهُوَ كَوْنُهُ حَرْبِيًّا (وَهَذَا) أَيُّ كَوْنُهُ حَرْبِيًّا مَقْهُورًا تَحْتَ أَيْدِينَا (يُوجِبُ زَوَالِ مِلْكِهِ وَمَالِكِيَّتِهِ) لِأَنَّ الْمَقْهُورِيَّةَ أَمَارَةُ الْمَمْلُوكِيَّةِ، فَإِذَا كَانَ مَقْهُورًا ارْتَفَعَتْ مَالِكِيَّتُهُ، وَارْتِفَاعُهَا يَسْتَلْزِمُ ارْتِفَاعَ الْمِلِكِ لِأَنَّ ارْتِفَاعَ الْمَالِكِيَّةِ مَعَ بَقَاءِ الْمِلِكِ مُحَالٌ (غَيْرَ أَنَّهُ مَدْعُوٌّ إِلَى الْإِسْلَامِ بِالْإِجْبَارِ عَلَيْهِ وَعَوْدُهُ مَرْجُوءٌ) وَذَلِكَ يُوجِبُ بَقَاءَ الْمَالِكِيَّةِ لَأَنَّهُ حَيٌّ مُكَلَّفٌ يَحْتَاجُ إِلَى مَا يَتِمَكَّنُ بِهِ مِنْ أَدَاءِ مَا كُلفَ بِهِ، فَبِالْظُّرِّ إِلَى الْأَوَّلِ يَزُولُ مِلْكُهُ، وَبِالْظُّرِّ إِلَى الثَّانِي لَا يَزُولُ (فَتَوَقَّفْنَا فِي أَمْرِهِ) وَقُلْنَا بِزَوَالِ مَوْقُوفٍ

(فَإِنْ أَسْلَمَ جُعِلَ الْعَارِضُ كَأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ فِي حَقِّ هَذَا الْحُكْمِ وَصَارَ كَأَنَّهُ لَمْ يَزَلْ مُسْلِمًا وَلَمْ يَعْمَلِ السَّبَبُ، وَإِنْ مَاتَ أَوْ قُتِلَ عَلَى رِدَّتِهِ أَوْ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ وَحُكِمَ بِلِحَاقِهِ اسْتَقَرَّ كُفْرُهُ فَعَمِلَ السَّبَبُ عَمَلَهُ وَزَالَ مِلْكُهُ) لَا يُقَالُ: إِذَا كَانَ كَذَلِكَ كَانَ الْوَاجِبُ أَنْ لَا يَخْرُجَ الْمَالُ عَنْ مِلْكِهِ كَمَا هُوَ مُقْتَضَى هَذَا الدَّلِيلِ فِي غَيْرِ هَذَا الْمَوْضِعِ. لَأَنَّا نَقُولُ: ذَلِكَ مُقْتَضَاهُ إِذَا تَسَاوَى الْجِهَتَانِ وَأَفْضَى إِلَى الشُّكِّ، وَهَاهُنَا لَيْسَ كَذَلِكَ، فَإِنَّ جِهَةَ الْخُرُوجِ ظَنٌّ وَجِهَةُ عَدَمِهِ دُونَهُ فَيَلْزَمُ التَّوَقُّفُ، وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِقَوْلِهِ فِي حَقِّ هَذَا الْحُكْمِ اخْتِرَازًا عَنْ إِحْبَاطِ طَاعَاتِهِ وَوُقُوعِ الْفُرْقَةِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَمْرَاتِهِ وَتَجْدِيدِ الْإِيمَانِ، فَإِنَّ الْارْتِدَادَ بِالنَّسْبَةِ إِلَيْهَا قَدْ عَمِلَ عَمَلُهُ.

قَالَ (وَإِنْ مَاتَ أَوْ قُتِلَ عَلَى رِدَّتِهِ انْتَقَلَ مَا اكْتَسَبَهُ فِي إِسْلَامِهِ إِلَى وَرَثَتِهِ الْمُسْلِمِينَ، وَكَانَ مَا اكْتَسَبَهُ فِي حَالِ رِدَّتِهِ فَيُنَاقِضُ هَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: كِلَاهُمَا لَوَرَّثَتِهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: كِلَاهُمَا فِيءٌ؛ لِأَنَّهُ مَاتَ كَافِرًا وَالْمُسْلِمُ لَا يَرِثُ الْكَافِرَ، ثُمَّ هُوَ مَالٌ حَرْبِيٌّ لَا أَمَانُ لَهُ فَيَكُونُ فَيئًا. وَلَهُمَا أَنْ مِلْكُهُ فِي الْكَسْبَيْنِ بَعْدَ الرَّدَّةِ بَاقٍ عَلَى

مَا بَيْنَاهُ فَيَنْتَقِلُ بِمَوْتِهِ إِلَى وَرَثَتِهِ وَيَسْتَنْدُ إِلَى مَا قُبِيلَ رِثَتِهِ إِذِ الرَّدَّةُ سَبَبُ الْمَوْتِ فَيَكُونُ تَوْرِيثُ الْمُسْلِمِ مِنَ الْمُسْلِمِ.

وَلَا بِي حَنِيفَةٍ أَنَّهُ يُمَكِّنُ الْاِسْتِنَادُ فِي كَسْبِ الْإِسْلَامِ لَوْجُودِهِ قَبْلَ الرَّدَّةِ، وَلَا يُمَكِّنُ الْاِسْتِنَادُ فِي كَسْبِ الرَّدَّةِ لِعَدَمِهِ قَبْلُهَا وَمِنْ شَرْطِهِ وَجُودُهُ، ثُمَّ إِنَّمَا يَرِثُهُ مَنْ كَانَ وَارِثًا لَهُ حَالَتِ الرَّدَّةِ وَبَقِيَ وَارِثًا إِلَى وَهْتِ مَوْتِهِ فِي رِوَايَةٍ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ اعْتِبَارًا لِلْاِسْتِنَادِ. وَعَنْهُ أَنَّهُ يَرِثُهُ مَنْ كَانَ وَارِثًا لَهُ عِنْدَ الرَّدَّةِ، وَلَا يَبْطُلُ اسْتِحْقَاقُهُ بِمَوْتِهِ بَلْ يَخْلُفُهُ وَارِثُهُ؛ لِأَنَّ الرَّدَّةَ بِمَنْزِلَةِ الْمَوْتِ. وَعَنْهُ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ وَجُودُ الْوَارِثِ عِنْدَ الْمَوْتِ لِأَنَّ الْحَادِثَ بَعْدَ انْعِقَادِ السَّبَبِ قَبْلَ تَمَامِهِ كَالْحَادِثِ قَبْلَ انْعِقَادِهِ بِمَنْزِلَةِ الْوَلَدِ الْحَادِثِ مِنَ الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ مَاتَ أَوْ قُتِلَ عَلَى رِثَتِهِ) أَعَادَهُ لِأَنَّهُ لَفْظُ الْقُدُورِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَالْأَوَّلُ كَانَ لَفْظُهُ ذَكَرَهُ شَرْحًا لِلْكَلَامِ. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ هُوَ مَالٌ حَرْبِيٌّ فَيَكُونُ فَيْثًا) يَعْنِي يُوضَعُ فِي بَيْتِ الْمَالِ لِيَكُونَ لِلْمُسْلِمِينَ بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ مَالٌ ضَائِعٌ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا بَيْنَاهُ) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّهُ مُكَلَّفٌ مُحْتَاجٌ إلخ. وَقَوْلُهُ (وَيَسْتَنْدُ) يَعْنِي التَّوْرِيثَ (إِلَى مَا قُبِيلَ رِثَتِهِ) فَيَجْعَلُ كَأَنَّهُ اكْتَسَبَهُ فِي حَالِ الْإِسْلَامِ فَوَرِثَهُ وَرَثَتُهُ مِنْهُ مِنْ وَقْتِ الْإِسْلَامِ وَلَا بِي حَنِيفَةً رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يُمَكِّنُ الْاِسْتِنَادُ أَيْ اسْتِنَادُ التَّوْرِيثِ (فِي كَسْبِ الْإِسْلَامِ لَوْجُودِهِ) أَيْ لَوْجُودِ الْكَسْبِ (قَبْلَ الرَّدَّةِ)، وَلَا يُمَكِّنُ الْاِسْتِنَادُ فِي كَسْبِ الرَّدَّةِ لِعَدَمِهِ قَبْلُهَا) أَيْ لِعَدَمِ الْكَسْبِ قَبْلَ الرَّدَّةِ (وَمِنْ شَرْطِهِ وَجُودُهُ) قَبْلُهَا أَيْ وَمِنْ شَرْطِ اسْتِنَادِ التَّوْرِيثِ وَجُودُ الْكَسْبِ قَبْلَ الرَّدَّةِ لِيَكُونَ فِيهِ تَوْرِيثُ الْمُسْلِمِ مِنَ الْمُسْلِمِ.

لَأَنَّا لَوْ قُلْنَا بِالتَّوْرِيثِ فِيمَا اكْتَسَبَهُ فِي حَالِ الرَّدَّةِ لَزِمَ تَوْرِيثُ الْمُسْلِمِ مِنَ الْكَافِرِ وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ (ثُمَّ إِنَّمَا يَرِثُهُ مَنْ كَانَ وَارِثًا لَهُ حَالَتِ الرَّدَّةِ وَبَقِيَ وَارِثًا إِلَى وَقْتِ مَوْتِهِ) حَتَّى لَوْ حَدَثَ لَهُ وَارِثٌ بَعْدَ الرَّدَّةِ بِأَنَّهُ أَسْلَمَ بَعْضُ قَرَابَتِهِ أَوْ وَلَدٌ لَهُ مِنْ غُلُوقِ حَدِثٍ بَعْدَ رِثَتِهِ لَا يَرِثُهُ (فِي رِوَايَةٍ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ) وَهِيَ رِوَايَةُ الْحَسَنِ عَنْهُ (اعْتِبَارًا لِلْاِسْتِنَادِ) يَعْنِي أَنَّ الرَّدَّةَ يَثْبُتُ بِهَا الْإِرْثُ بَعْدَ وَجُودِ الْأَشْيَاءِ الثَّلَاثَةِ الْمَوْتِ وَالْقَتْلَ وَالْحُكْمَ بِلِحَاقِهِ بِدَارِ الْحَرْبِ، وَإِنْ لَمْ يَثْبُتْ قَبْلَ وَجُودِهَا، فَإِذَا وَجَدَتْ صَارَ كَأَنَّ الْوَارِثَ وَرِثَهُ حِينَ الرَّدَّةِ فَلَأَجَلَ هَذَا شَرْطُ أَنْ يَكُونَ وَارِثًا إِلَى وَجُودِ أَحَدِهِمَا (وَعَنْهُ)

أَيَّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ (أَنَّهُ يَرْتُّهُ مَنْ كَانَ وَارِثًا لَهُ عِنْدَ الرَّدَّةِ ثُمَّ لَا يَبْطُلُ اسْتِحْقَاقُهُ بِمَوْتِهِ) أَيَّ بِمَوْتِ الْوَارِثِ (بَلْ يَخْلُفُهُ وَارِثُهُ لِأَنَّ الرَّدَّةَ بِمَنْزِلَةِ الْمَوْتِ) فِي التَّوْرِيثِ، وَمَنْ مَاتَ مِنَ الْوَرِثَةِ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوْرَثِ قَبْلَ قِسْمَةِ مِيرَاثِهِ لَا يَبْطُلُ اسْتِحْقَاقُهُ وَلَكِنْ يَخْلُفُهُ وَارِثُهُ فِيهِ فَهَذَا كَذَلِكَ (وَعَنْهُ) أَيَّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ مُحَمَّدٍ، قِيلَ وَهُوَ الْأَصَحُّ (أَنَّهُ يُعْتَبَرُ وَجُودُ الْوَارِثِ عِنْدَ الْمَوْتِ) يَعْنِي أَحَدَ الْأُمُورِ الثَّلَاثَةِ سِوَاءَ كَانَ مَوْجُودًا وَقْتَ الرَّدَّةِ أَوْ حَدَثَ بَعْدَهُ (لِأَنَّ الْحَادِثَ بَعْدَ الْعِقَادِ السَّبَبُ قَبْلَ تَمَامِهِ كَالْحَادِثِ قَبْلَ الْعِقَادِ كَمَا فِي الْوَلَدِ الْحَادِثِ مِنَ الْمَيْعِ قَبْلَ الْقَبْضِ) فِي أَنَّهُ يَصِيرُ مَعْقُودًا عَلَيْهِ بِالْقَبْضِ فَيَكُونُ لَهُ حِصَّةٌ مِنَ الثَّمَنِ. قَالَ فِي النَّهَايَةِ: وَحَاصِلُهُ أَنَّ عَلَى رِوَايَةِ الْحَسَنِ يُشْتَرَطُ الْوَصْفَانِ وَهُمَا كَوْنُهُ وَارِثًا وَقْتَ الرَّدَّةِ وَكَوْنُهُ بَاقِيًا إِلَى وَقْتِ الْمَوْتِ أَوْ الْقَتْلِ؛ حَتَّى لَوْ كَانَ وَارِثًا ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ مَوْتِ الْمُتَرَدِّ أَوْ حَدَثَ وَارِثٌ بَعْدَ الرَّدَّةِ فَإِنَّهُمَا لَا يَرْتَانِ. وَعَلَى رِوَايَةِ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ يُشْتَرَطُ الْوَصْفُ الْأَوَّلُ دُونَ الثَّانِي. وَعَلَى رِوَايَةِ مُحَمَّدٍ يُشْتَرَطُ الْوَصْفُ الثَّانِي دُونَ الْأَوَّلِ وَتَرْتُّهُ امْرَأَتُهُ الْمُسْلِمَةُ إِذَا مَاتَ أَوْ قُتِلَ عَلَى رِدَّتِهِ وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ فَارًّا، وَإِنْ كَانَ صَحِيحًا وَقْتَ الرَّدَّةِ.

الشرح:

(وَتَرْتُّهُ امْرَأَتُهُ الْمُسْلِمَةُ إِذَا مَاتَ أَوْ قُتِلَ وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ لِأَنَّهُ يَصِيرُ فَارًّا وَإِنْ كَانَ صَحِيحًا) لِأَنَّهَا سَبَبٌ لِلْهَلَاكِ كَالْمَرَضِ فَاشْتَبَهَ رِدَّتُهُ الَّتِي حَصَلَتْ بِهَا الْبَيْتُونَةُ لِلطَّلَاقِ فِي حَالَةِ الْمَرَضِ، وَالطَّلَاقُ الْبَائِنُ حَالَةَ الْمَرَضِ يُوجِبُ الْإِرْثَ إِذَا كَانَتْ فِي الْعِدَّةِ. فَإِنْ قِيلَ: أَبُو حَنِيفَةَ يُسْنِدُ التَّوْرِيثَ إِلَى مَا قَبْلَ الرَّدَّةِ وَذَلِكَ يَسْتَلْزِمُ أَنْ لَا يَتَفَاوَتْ الْحُكْمُ بَيْنَ الْمَدْخُولِ بِهَا وَغَيْرِ الْمَدْخُولِ بِهَا لِأَنَّ الرَّدَّةَ مَوْتٌ وَامْرَأَةُ الْمَيْتِ تَرْتُّهُ سِوَاءَ كَانَتْ مَدْخُولًا بِهَا أَوْ لَمْ تَكُنْ. أُجِيبَ بِأَنَّ الْمَوْتَ الْحَقِيقِيَّ سَبَبٌ لِلْإِرْثِ حَقِيقَةً فَيَسْتَوِي فِيهِ الْمَدْخُولُ بِهَا وَغَيْرُهَا، وَأَمَّا الرَّدَّةُ فَإِنَّهَا جُعِلَتْ مَوْتًا حُكْمًا لِيَكُونَ تَوْرِيثُ الْمُسْلِمِ مِنَ الْمُسْلِمِ فَهِيَ ضَعِيفَةٌ فِي السَّبَبِيَّةِ فَلَا بُدَّ مِنْ تَقْوِيَتِهَا بِمَا هُوَ مِنْ آثَارِ النِّكَاحِ مِنَ الدُّخُولِ وَقِيَامِ الْعِدَّةِ.. وَالْمُتَرَدَّةُ كَسْبُهَا لَوَرِثَتِهَا؛ لِأَنَّهُ لَا حِرَابَ مِنْهَا فَلَمْ يُوجَدِ سَبَبُ الْفَيْءِ، بِخِلَافِ الْمُتَرَدِّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى وَيَرِثُهَا زَوْجُهَا الْمُسْلِمُ إِنْ ارْتَدَّتْ وَهِيَ مَرِيضَةٌ لِقَصْدِهَا

إِبْطَالِ حَقِّهِ، وَإِنْ كَانَتْ صَحِيحَةً لَا يَرِثُهَا؛ لِأَنَّهَا لَا تُقْتَلُ فَلَمْ يَتَعَلَّقْ حَقُّهُ بِمَالِهَا بِالرَّدَّةِ،
بِخِلَافِ الْمُرْتَدِّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الْمُرْتَدِّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ) فَإِنْ مَا اكْتَسَبَهُ فِي حَالِ
رَدَّتِهِ فَهُوَ فِيءٌ عِنْدَهُ، وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا بِقَوْلِهِ لِأَنَّهُ لَا حَرَابَ مِنْهَا، وَمَعْنَاهُ فَلَا قَتْلَ إِذْ ذَاكَ لَمَّا
تَقَدَّمَ مِنَ الْمِلَازِمَةِ. وَحَاصِلُ الْفَرْقِ أَنَّ الْمَرْءَ لَا يُقْتَلُ وَالرَّجُلُ يُقْتَلُ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ عِصْمَةَ
الْمَالِ تَتَّبِعُ لِعِصْمَةِ النَّفْسِ، وَبِالرَّدَّةِ لَا تَزُولُ عِصْمَةُ نَفْسِهَا حَتَّى لَا تُقْتَلَ فَكَذَلِكَ عِصْمَةُ
مَالِهَا بِخِلَافِ الرَّجُلِ، فَلَمَّا كَانَتْ عِصْمَةُ مَالِهَا بَاقِيَةً بَعْدَ رَدَّتِهَا كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ
الْكَسْبِيِّينَ مُلْكُهَا فَيَكُونُ مِيرَاثًا لَوَرَثَتِهَا (وَيَرِثُهَا زَوْجُهَا الْمُسْلِمُ إِنْ ارْتَدَّتْ وَهِيَ مَرِيضَةٌ)
وَالْقِيَاسُ أَنَّ لَا يَرِثُهَا لِأَنَّ فِرَارَ الزَّوْجِ إِنْ مَا كَانَ يَتَحَقَّقُ إِذَا مَاتَ وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ، أَلَا تَرَى
أَنَّهُ لَوْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا فِي مَرَضِهِ لَمْ يَكُنْ لَهَا الْمِيرَاثُ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ فِي عِدَّتِهِ ثُمَّ
هَاهُنَا لَا عِدَّةَ عَلَى الرَّجُلِ فَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَرِثُهَا الزَّوْجُ.

وَوَجْهُ الاسْتِحْسَانِ مَا أَشَارَ إِلَيْهِ بِقَوْلِهِ (لِقَصْدِهَا إِبْطَالُ حَقِّهِ) وَيَبَيِّنُهُ أَنَّ حَقَّهُ
تَعَلَّقَ بِمَالِهَا بِمَرَضِهَا فَكَانَتْ بِالرَّدَّةِ قَاصِدَةً إِبْطَالِ حَقِّهِ فَارَةً عَنْ مِيرَاثِهِ فَيَرُدُّ عَلَيْهَا
قَصْدُهَا كَمَا فِي جَانِبِ الزَّوْجِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ صَحِيحَةً حِينَ ارْتَدَّتْ لِأَنَّهَا بَازَتْ
بِنَفْسِ الرَّدَّةِ فَلَمْ تَصِرْ مُشْرِفَةً عَلَى الْهَلَاكِ لِأَنَّهَا لَا تُقْتَلُ، بِخِلَافِ الرَّجُلِ فَلَا يَكُونُ فِي
حُكْمِ الْفَارَةِ الْمَرِيضَةِ فَلَا يَرِثُ زَوْجُهَا مِنْهَا

قَالَ: (وَإِنْ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ مُرْتَدًّا وَحَكَّمَ الْحَاكِمُ بِلِحَاقِهِ عَتَقَ مُدَبِّرُوهُ وَأَمَهَاتُ
أَوْلَادِهِ وَحَلَّتِ الدِّيُونُ الَّتِي عَلَيْهِ وَثَقِلَ مَا اكْتَسَبَهُ فِي حَالِ الْإِسْلَامِ إِلَى وَرَثَتِهِ مِنَ
الْمُسْلِمِينَ). وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَبْقَى مَا لَهُ مَوْفُوفًا كَمَا كَانَ؛ لِأَنَّهُ نَوْعٌ غَيْبِيٌّ فَأَشْبَهَ الْغَيْبَةَ فِي
دَارِ الْإِسْلَامِ. وَلَنَا أَنَّهُ بِاللِّحَاقِ صَارَ مِنْ أَهْلِ الْحَرْبِ وَهُمْ أَمْوَاتٌ فِي حَقِّ أَحْكَامِ الْإِسْلَامِ
لَا تَقْطَعُ وَلَا يَتَّيَّزُ الْإِلْزَامُ كَمَا هِيَ مُنْقَطِعَةٌ عَنِ الْمَوْتِ فَصَارَ كَالْمَوْتِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَسْتَقِرُّ
لِحَاقُهُ إِلَّا بِقَضَاءِ الْقَاضِي لِاحْتِمَالِ الْعُودِ إِلَيْنَا فَلَا بُدَّ مِنَ الْقَضَاءِ، وَإِذَا تَقَرَّرَ مَوْتُهُ ثَبَتَتْ
الْأَحْكَامُ الْمُتَعَلِّقَةُ بِهِ وَهِيَ مَا ذَكَرْنَاهَا كَمَا فِي الْمَوْتِ الْحَقِيقِيِّ، ثُمَّ يُعْتَبَرُ كَوْنُهُ وَارِثًا
عِنْدَ لِحَاقِهِ فِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ؛ لِأَنَّ اللَّحَاقَ هُوَ السَّبَبُ وَالْقَضَاءُ لِيَتَقَرَّرَ بِقَطْعِ الْإِحْتِمَالِ،

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: وَقَتَ الْقَضَاءِ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ مَوْتًا بِالْقَضَاءِ، وَالْمُرْتَدَّةُ إِذَا لَحِقَتْ بِدَارِ الْحَرْبِ فَهِيَ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَإِنْ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ مُرْتَدًّا) إِنْ لَحِقَ الْمُرْتَدُّ بِدَارِ الْحَرْبِ وَحَكَمَ الْقَاضِي بِلِحَاقِهِ (عَتَقَ مُدْبِرُوهُ وَأَمَهَاتُ أَوْلَادِهِ وَحَلَّتْ الدِّيُونُ الَّتِي عَلَيْهِ، وَنُقِلَ مَا اكْتَسَبَهُ فِي حَالَةِ الْإِسْلَامِ إِلَى وَرَثَتِهِ الْمُسْلِمِينَ) عِنْدَنَا (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: يَبْقَى مَالُهُ مَوْفُوفًا) وَهُوَ أَحَدُ أَقْوَالِهِ (لِأَنَّهُ نَوَّعُ غَيْبَةٍ فَأَشْبَهَ الْغَيْبَةَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ) وَالْجَامِعُ كَوْنُهُ غَيْبَةً كَمَا تَرَى وَهُوَ ضَعِيفٌ جَدًّا (وَلَنَا أَنَّهُ بِاللِّحَاقِ صَارَ مِنْ أَهْلِ الْحَرْبِ حَقِيقَةً وَحُكْمًا) أَمَّا حَقِيقَةً فَلِأَنَّهُ بَيَّنَّ أَظْهَرَهُمْ وَاعْتَقَادَهُ كَاعْتِقَادِهِمْ، وَأَمَّا حُكْمًا فَلِأَنَّهُ لَمَّا أَبْطَلَ إِحْرَازَهُ نَفْسَهُ بِدَارِ الْإِسْلَامِ حِينَ عَادَ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ صَارَ حَرْبًا عَلَى الْمُسْلِمِينَ فَأَعْطِيَ حُكْمَ أَهْلِ الْحَرْبِ فِي دَارِ الْحَرْبِ وَهُمْ كَالْمَيِّتِ فِي حَقِّ الْمُسْلِمِينَ.

قَالَ تَعَالَى: ﴿أَوْ مَن كَانَ مَيِّتًا فَأُحْيَيْنَاهُ﴾ [الأنعام: ١٢٢] وَلِأَنَّ وَلَايَةَ الْإِلْزَامِ مُنْقَطِعَةٌ عَنْهُمْ (كَمَا هِيَ مُنْقَطِعَةٌ عَنِ الْمَوْتَى إِلَّا أَنْ لِحَاقَهُ لَا يَسْتَقِرُّ إِلَّا بِقَضَاءِ الْقَاضِي لِاحْتِمَالِ الْعُودِ إِلَيْنَا فَلَا بُدَّ مِنَ الْقَضَاءِ، فَإِذَا تَقَرَّرَ مَوْتُهُ الْحُكْمِيُّ تَثَبَّتُ الْأَحْكَامُ الْمُتَعَلِّقَةُ بِهِ وَهِيَ مَا ذَكَرْتَاهَا) يَعْنِي قَوْلُهُ عَتَقَ مُدْبِرُوهُ إلخ (كَمَا فِي الْمَوْتِ الْحَقِيقِيِّ) (قَوْلُهُ ثُمَّ يُعْتَبَرُ ظَاهِرٌ، وَالضَّمِيرُ فِي تَقَرُّرِهِ لِلْحَقِّ، وَقِيلَ لِلْسَّبَبِ وَهُمَا مُتَقَارِبَانِ

(وَتَقْضَى الدِّيُونُ الَّتِي لَزِمَتْهُ فِي حَالِ الْإِسْلَامِ مِمَّا اكْتَسَبَهُ فِي حَالِ الْإِسْلَامِ، وَمَا لَزِمَهُ فِي حَالِ رِدَّتِهِ مِنَ الدِّيُونِ يُقْضَى مِمَّا اكْتَسَبَهُ فِي حَالِ رِدَّتِهِ) قَالَ الْعَبْدُ الضَّعِيفُ عَصَمَهُ اللَّهُ: هَذِهِ رَوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعَنْهُ أَنَّهُ يُبْدَأُ بِكَسْبِ الْإِسْلَامِ، وَإِنْ لَمْ يَفِ بِذَلِكَ يُقْضَى مِنْ كَسْبِ الرَّدَّةِ وَعَنْهُ عَلَى عَكْسِهِ. وَجَهُ الْأَوَّلُ أَنَّ الْمُسْتَحَقَّ بِالسَّبَبَيْنِ مُخْتَلَفٌ. وَحُصُولُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْكَسْبَيْنِ بِاعْتِبَارِ السَّبَبِ الَّذِي وَجَبَ بِهِ الدِّينُ فَيُقْضَى كُلُّ دَيْنٍ مِنَ الْكَسْبِ الْمَكْتَسَبِ فِي تِلْكَ الْحَالَةِ لِيَكُونَ الْقَرْمُ بِالْعَنْمِ. وَجَهُ الثَّانِي أَنَّ كَسْبَ الْإِسْلَامِ مِلْكُهُ حَتَّى يَخْلُفَهُ الْوَارِثُ فِيهِ، وَمِنْ شَرْطِ هَذِهِ الْخِلَافَةِ الْفَرَاغُ عَنْ حَقِّ الْمَوْرَثِ فَيَقْدَمُ بِالْدِّينِ عَلَيْهِ، أَمَّا كَسْبُ الرَّدَّةِ فَلَيْسَ بِمَمْلُوكٍ لَهُ؛ لِبُطْلَانِ أَهْلِيَّةِ الْمَلِكِ بِالرَّدَّةِ عِنْدَهُ فَلَا يُقْضَى دَيْنُهُ مِنْهُ إِلَّا إِذَا تَعَذَّرَ قَضَاؤُهُ مِنْ مَحَلٍّ آخَرَ فَحِينَئِذٍ يُقْضَى مِنْهُ،

كَالذَّمِّي إِذَا مَاتَ وَلَا وَارِثَ لَهُ يَكُونُ مَالُهُ لَجَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ، وَلَوْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ يُقْضَى مِنْهُ كَذَلِكَ هَاهُنَا. وَجَهُ الثَّالِثُ أَنَّ كَسْبَ الْإِسْلَامِ حَقَّ الْوَرَثَةِ وَكَسْبُ الرَّدَّةِ خَالِصٌ حَقُّهُ، فَكَانَ قَضَاءُ الدَّيْنِ مِنْهُ أَوْلَى إِلَّا إِذَا تَعَذَّرَ بِأَنْ لَمْ يَفِ بِهِ فَحِينَئِذٍ يُقْضَى مِنْ كَسْبِ الْإِسْلَامِ تَقْدِيمًا لِحَقِّهِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: تُقْضَى دُيُونُهُ مِنَ الْكَسْبَيْنِ؛ لِأَنَّهُمَا جَمِيعًا مِلْكُهُ حَتَّى يَجْرِيَ الْإِرْثُ فِيهِمَا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

(قَوْلُهُ هَذَا رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ) هُوَ رِوَايَةٌ زُفَرٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَقَوْلُهُ (وَعَنْهُ) أَيُّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهما الله (أَنَّهُ يُبَدَأُ بِكَسْبِ الْإِسْلَامِ) وَهُوَ رِوَايَةُ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ (قَوْلُهُ وَعَنْهُ) أَيُّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَيْضًا وَهُوَ رِوَايَةُ أَبِي يُوسُفَ عَنْهُ (عَلَى عَكْسِهِ) وَهُوَ أَنَّ يُبَدَأُ فِي قَضَاءِ الدَّيْنِ بِكَسْبِ الرَّدَّةِ (قَوْلُهُ وَجَهُ الْأَوَّلُ أَنَّ الْمُسْتَحَقَّ بِالسَّبَبَيْنِ) أَيُّ الْمُدَايِنَتَيْنِ (مُخْتَلَفٌ) وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الْمُسْتَحَقَّ بِالسَّبَبَيْنِ مُخْتَلَفٌ وَالْمُؤَدَّى مِنْ كَسْبٍ وَاحِدٍ غَيْرُ مُخْتَلَفٍ، فَالْمُسْتَحَقُّ بِالسَّبَبَيْنِ غَيْرُ مُؤَدَّى مِنْ كَسْبٍ وَاحِدٍ فَلَا بُدَّ مِنْ أَدَائِهِ مِنْ كَسْبَيْنِ تَحْقِيقًا لِلَاخْتِلَافِ وَحُصُولِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْكَسْبَيْنِ بِاعْتِبَارِ السَّبَبِ الَّذِي وَجَبَ بِهِ الْمُسْتَحَقُّ وَهُوَ الدَّيْنُ فَيُضَافُ أَدَاؤُهُ إِلَيْهِ لِيَكُونَ الْغَرْمُ بِإِزَاءِ الْغَنَمِ وَقَوْلُهُ (وَجَهُ الثَّانِي) تَقْرِيرُهُ أَنَّ كَسْبَ الْإِسْلَامِ مِلْكُهُ وَكُلُّ مَا هُوَ مِلْكُهُ يَخْلُفُهُ الْوَرَاثُ فِيهِ، وَمِنْ شَرْطِ هَذِهِ الْخِلَافَةِ الْفَرَاغُ عَنْ حَقِّ الْمَوْرَثِ فَيَقْدَمُ الدَّيْنُ، وَأَمَّا كَسْبُ الرَّدَّةِ فَلَيْسَ بِمَمْلُوكٍ لَهُ لِبُطْلَانِ أَهْلِيَّةِ الْمَلِكِ بِالرَّدَّةِ عِنْدَهُ فَلَا يُقْضَى دَيْنُهُ مِنْهُ إِلَّا إِذَا تَعَذَّرَ قَضَاؤُهُ مِنْ مَحَلٍّ آخَرَ بِأَنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ كَسْبُ الْإِسْلَامِ.

فَإِنْ قِيلَ: لِمَا لَمْ يَكُنْ مِلْكُهُ كَيْفَ يُؤَدَّى مِنْهُ دَيْنُهُ؟ أَجَابَ بِقَوْلِهِ (كَالذَّمِّي إِذَا مَاتَ وَلَا وَارِثَ لَهُ) فَلَمْ يَبْقَ لَهُ مَلِكٌ فِيمَا اكْتَسَبَهُ بَلْ يَكُونُ مَالُهُ لِعَامَّةِ الْمُسْلِمِينَ، وَمَعَ ذَلِكَ لَوْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ يُقْضَى مِنْهُ. وَقَوْلُهُ (وَجَهُ الثَّالِثُ أَنَّ كَسْبَ الْإِسْلَامِ حَقَّ الْوَرَثَةِ) تَقْرِيرُهُ: كَسْبُ الْإِسْلَامِ حَقَّ الْوَرَثَةِ وَكَسْبُ الرَّدَّةِ خَالِصٌ حَقُّهُ، وَقَضَاءُ الدَّيْنِ مِنْ خَالِصِ حَقِّهِ أَوْلَى مِنْهُ مِنْ حَقِّ غَيْرِهِ إِلَّا إِذَا تَعَذَّرَ بِأَنْ لَمْ يَفِ بِهِ فَحِينَئِذٍ يُقْضَى دَيْنُهُ مِنْ كَسْبِ الْإِسْلَامِ تَقْدِيمًا لِحَقِّهِ. وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ أَوْجُهٍ: الْأَوَّلُ مَا قِيلَ إِنَّ هَذَا يُنَاقِضُ قَوْلَهُ: أَمَّا كَسْبُ الرَّدَّةِ فَلَيْسَ بِمَمْلُوكٍ لَهُ لِبُطْلَانِ أَهْلِيَّةِ الْمَلِكِ بِالرَّدَّةِ. وَالثَّانِي أَنَّ كَوْنَ كَسْبِ

الإسلام حَقَّ الْوَرَّةَ مَمْنُوعٌ، فَإِنَّ حَقَّهُمْ إِمَّا يَكُونُ مُتَعَلِّقًا بِالتَّرِكَةِ بَعْدَ الْفَرَاغِ عَنْ حَقِّ الْمَوْرَثِ. وَالثَّالِثُ أَنَّ قَضَاءَ الدِّينِ مِنْ خَالِصِ حَقِّهِ وَاجِبٌ وَمِنْ حَقِّ غَيْرِهِ مُمْتَنِعٌ، فَلَا وَجْهَ لِقَوْلِهِ فَكَانَ قَضَاءُ الدِّينِ مِنْهُ أَوَّلِي. وَأَجِيبَ عَنِ الْأَوَّلِ بِأَنَّ الْمَعْنَى مِنْ خُلُوصِ الْحَقِّ هَاهُنَا هُوَ أَنَّ لَا يَتَعَلَّقُ حَقُّ الْغَيْرِ بِهِ كَمَا ثَبَتَ التَّعَلُّقُ فِي مَالِ الْمَرِيضِ، ثُمَّ لَا يَلْزَمُ مِنْ كَوْنِهِ خَالِصَ حَقِّهِ كَوْنُهُ مِلْكًا لَهُ، أَلَا تَرَى أَنَّ كَسْبَ الْمُكَاتَّبِ خَالِصَ حَقِّهِ وَلَيْسَ بِمِلْكٍ لَهُ، وَكَذَلِكَ الدَّمِيُّ إِذَا مَاتَ وَلَا وَارِثَ لَهُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا آنَفًا.

وَعَنِ الثَّانِي بِأَنَّ الدِّينَ إِمَّا يَتَعَلَّقُ بِمَالِهِ عِنْدَ الْمَوْتِ، لَا بِمَا زَالَ مِنْ قَبْلُ، وَكَسْبُ الْإِسْلَامِ قَدْ زَالَ وَاتَّقَلَ بِالرَّدَّةِ إِلَى الْوَرَّةِ، وَكَسْبُهُ فِي الرَّدَّةِ هُوَ مَالُهُ عِنْدَ الْمَوْتِ فَيَتَعَلَّقُ الدِّينُ بِهِ. وَعَنِ الثَّالِثِ بِأَنَّ كَسْبَ الْإِسْلَامِ بِعَرْضِيَّةٍ أَنْ يَصِيرَ خَالِصَ حَقِّهِ بِالتَّوْبَةِ، فَكَانَ أَحَدُهُمَا خَالِصَ حَقِّهِ، وَالْآخَرُ بِعَرْضِيَّةٍ أَنْ يَصِيرَ خَالِصَ حَقِّهِ وَلَا شَكَّ أَنَّ قَضَاءَ الدِّينِ مِنَ الْأَوَّلِ أَوَّلِي. هَذَا عَلَى طَرِيقَةِ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. وَعِنْدَهُمَا يُقْضَى دَيْنُهُ مِنَ الْكَاسِبِينَ جَمِيعًا لِأَنَّهُمَا جَمِيعًا مِلْكُهُ حَتَّى يَجْرِيَ الْإِرْثُ فِيهِمَا عَلَى مَا تَقَدَّمَ مِنْ مَذْهَبِهِمَا.

قَالَ: (وَمَا بَاعَهُ أَوْ اشْتَرَاهُ أَوْ أَعْتَقَهُ أَوْ وَهَبَهُ أَوْ رَهْنَهُ أَوْ تَصَرَّفَ فِيهِ مِنْ أَمْوَالِهِ فِي حَالِ رِدَّتِهِ فَهُوَ مَوْفُوفٌ، فَإِنْ أَسْلَمَ صَحَّتْ عَقُودُهُ، وَإِنْ مَاتَ أَوْ قُتِلَ أَوْ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ بَطَلَتْ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يَجُوزُ مَا صَنَعَ فِي الْوَجْهَيْنِ. أَعْلَمُ أَنَّ تَصَرُّفَاتِ الْمُرْتَدِّ عَلَى أَقْسَامٍ: نَافِذَةٌ بِالْإِتِّفَاقِ كَالْإِسْتِيلَادِ وَالطَّلَاقِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَفْتَقِرُ إِلَى حَقِيقَةِ الْمَلِكِ وَتَمَامِ الْوِلَايَةِ. وَبَاطِلٌ بِالْإِتِّفَاقِ كَالنِّكَاحِ وَالذَّبِيحَةِ؛ لِأَنَّهُ يَعْتَمِدُ الْمِلَّةَ وَلَا مِلَّةَ لَهُ. وَمَوْفُوفٌ بِالْإِتِّفَاقِ كَالْمُفَاوَضَةِ؛ لِأَنَّهَا تَعْتَمِدُ الْمُسَاوَاةَ وَلَا مُسَاوَاةَ بَيْنَ الْمُسْلِمِ وَالْمُرْتَدِّ مَا لَمْ يُسْلَم. وَمُخْتَلَفٌ فِي تَوْفُّفِهِ وَهُوَ مَا عَدَدَنَاهُ. لَهُمَا أَنَّ الصَّحَّةَ تَعْتَمِدُ الْأَهْلِيَّةَ وَالنَّفَازَ يَعْتَمِدُ الْمَلِكَ، وَلَا خَفَاءَ فِي وُجُودِ الْأَهْلِيَّةِ لِكَوْنِهِ مُخَاطَبًا، وَكَذَا الْمَلِكُ لِقِيَامِهِ قَبْلَ مَوْتِهِ عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ، وَلِهَذَا لَوْ وُلِدَ لَهُ وَلَدٌ بَعْدَ الرَّدَّةِ لَسَيَّئَ أَشْهُرٍ مِنْ امْرَأَةٍ مُسْلِمَةٍ يَرِثُهُ وَلَوْ مَاتَ وَلَدُهُ بَعْدَ الرَّدَّةِ قَبْلَ الْمَوْتِ لَا يَرِثُهُ فَتَصِحُّ تَصَرُّفَاتُهُ. إِلَّا أَنَّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ تَصِحُّ كَمَا تَصِحُّ مِنَ الصَّحِيحِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ عَوْدُهُ إِلَى الْإِسْلَامِ، إِذَا الشُّبْهَةُ تَزَاحَ فَلَا يَقْتُلُ وَصَارَ كَالْمُرْتَدِّ. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ تَصِحُّ كَمَا تَصِحُّ مِنَ الْمَرِيضِ؛ لِأَنَّ مَنْ انْتَحَلَ إِلَى نِحْلَةٍ لَا

سِيمًا مُعْرِضًا عَمَّا نَشَأَ عَلَيْهِ قَلَمًا يَتْرُكُهُ فَيُفْضِي إِلَى الْقَتْلِ ظَاهِرًا، بِخِلَافِ الْمُرْتَدَّةِ؛ لِأَنَّهَا لَا تُقْتَلُ. وَلَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ حَرْبِيٌّ مَقْهُورٌ تَحْتَ أَيْدِينَا عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ فِي تَوْقُفِ الْمَلِكِ وَتَوْقُفِ التَّصَرُّفَاتِ بِنَاءً عَلَيْهِ، وَصَارَ كَالْحَرْبِيِّ يَدْخُلُ دَارَنَا بِغَيْرِ أَمَانٍ فَيُؤْخَذُ وَيَقْهَرُ وَتَتَوَقَّفُ تَصَرُّفَاتُهُ؛ لِتَوْقُفِ حَالِهِ، فَكَذَا الْمُرْتَدُّ، وَاسْتِحْقَاقُهُ الْقَتْلَ لِبُطْلَانِ سَبَبِ الْعِصْمَةِ فِي الْفَصْلِ يَنْفَاجِبُ خِلَافَ فِي الْأَهْلِيَّةِ، بِخِلَافِ الزَّانِي وَقَاتِلِ الْعَمْدِ؛ لِأَنَّ الِاسْتِحْقَاقَ فِي ذَلِكَ جَزَاءً عَلَى الْجِنَايَةِ. وَبِخِلَافِ الْمَرَأَةِ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ حَرْبِيَّةً؛ وَلِهَذَا لَا تُقْتَلُ.

الشرح:

قَالَ (وَمَا بَاعَهُ أَوْ اشْتَرَاهُ) ذَكَرَ التَّصَرُّفَاتِ الَّتِي اخْتَلَفَ عُلَمَاؤُنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ فِي نَفَاذِهِ وَتَوْقُفِهِ وَقَالَ: وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَإِنَّمَا قَالَ كَذَلِكَ لِأَنَّ الْمَسْأَلَةَ مِنْ مَسَائِلِ الْقُدُورِيِّ، وَلَيْسَ الْخِلَافُ فِيهِ مَذْكُورًا فِي هَذَا الْمَوْضِعِ، وَيَنْبَغِي أَنْقِسَامُ تَصَرُّفَاتِ الْمُرْتَدِّ وَهُوَ وَأَصِحُّ إِلَّا مَا تَذَكَّرُهُ، فَقَوْلُهُ يَجُوزُ مَا صُنِعَ فِي الْوَجْهَيْنِ يُرِيدُ بِأَحَدِهِمَا الْإِسْلَامَ وَبِالْآخَرِ الْقَتْلَ وَالْمَوْتَ وَاللِّحَاقَ.

وقَوْلُهُ لِأَنَّهُ لَا يَفْتَقِرُ إِلَى حَقِيقَةِ الْمَلِكِ وَتَمَامِ الْوِلَايَةِ نَشَرُ لِقَوْلِهِ كَالِاسْتِيلَادِ وَالطَّلَاقِ، فَقَوْلُهُ إِلَى حَقِيقَةِ الْمَلِكِ: يَعْنِي فِي الْاسْتِيلَادِ، فَلَوْ وَلَدَتْ جَارِيَتُهُ وَادَّعَى نَسَبُهُ يَثْبُتُ مِنْهُ وَيَرْتُهُ هَذَا الْوَلَدُ مَعَ وَرَثَتِهِ وَكَانَتْ الْجَارِيَةُ أُمًّا وَلَدَ لَهُ لِأَنَّ حَقَّهُ فِي مَالِهِ أَقْوَى مِنْ حَقِّ الْأَبِ فِي جَارِيَةِ الْإِبْنِ وَاسْتِيلَادُ الْأَبِ صَحِيحٌ، فَكَذَلِكَ اسْتِيلَادُهُ حَيْثُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى حَقِيقَةِ الْمَلِكِ، وَإِنَّمَا يُكْتَفَى فِيهِ بِحَقِّ الْمَلِكِ. وَقَوْلُهُ (وَتَمَامُ الْوِلَايَةِ) يَعْنِي فِي الطَّلَاقِ فَإِنَّهُ يَصِحُّ مِنَ الْعَبْدِ مَعَ قُصُورِ الْوِلَايَةِ عَلَى نَفْسِهِ. فَإِنْ قِيلَ: الْفُرْقَةُ تَقَعُ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ بِالْإِرْتِدَادِ فَكَيْفَ يُتَصَوَّرُ الطَّلَاقُ مِنَ الْمُرْتَدِّ؟ أَجِيبَ بِأَنَّ الْمُرْتَدَّ يَقَعُ طَلَاقُهُ كَمَا لَوْ أَبَانَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ ثُمَّ طَلَّقَهَا طَلَاقًا بَائِنًا عَلَى مَا عُرِفَ، عَلَى أَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنْ يُوجَدَ الْإِرْتِدَادُ وَلَا تَقَعُ الْفُرْقَةُ كَمَا لَوْ ارْتَدَّ مَعًا (قَوْلُهُ لِأَنَّهُ) أَيُّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ النِّكَاحِ وَالذَّيْبَةِ (يَعْتَمِدُ الْمِلَّةُ وَلَا مِلَّةَ لَهُ) لِأَنَّهُ تَرَكُ مَا كَانَ عَلَيْهِ وَلَا يُقَرُّ عَلَى مَا دَخَلَ فِيهِ لَوْجُوبِ الْقَتْلِ.

وَاسْتَشْكَلَ بِأَنَّ الْمُرَادَ بِالْمِلَّةِ إِنْ كَانَ الْإِسْلَامُ يَنْتَقِضُ بِنِكَاحِ أَهْلِ الْكِتَابِ وَذَبَائِحِهِمْ، وَإِنْ كَانَ الْمُرَادُ بِهَا الْمِلَّةُ السَّمَاوِيَّةُ يَنْتَقِضُ بِصَحَّةِ نِكَاحِ الْمَجُوسِ وَالْمُشْرِكِينَ

فِيمَا بَيْنَهُمْ فَإِنَّهُمْ لَيْسَ لَهُمْ مِلَّةٌ سَمَاوِيَّةٌ لَا مُقَرَّرَةٌ وَلَا مُحَرَّفَةٌ، وَقَدْ حُكِمَ بِصِحَّةِ نِكَاحِهِمْ وَهَذَا يَحْكُمُ الْقَاضِي بِالتَّفَقُّعِ وَالسُّكْنَى وَجَرَيَانِ التَّوَارُثِ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ مِنْهُمْ. وَأَجِيبَ أَنَّ الْمُرَادَ بِالْمِلَّةِ مَا يَتَدَيَّنُونَ بِهِ نِكَاحًا يُقَرُّونَ عَلَيْهِ وَيَجْرِي بِهِ التَّوَارُثُ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ لِأَنَّ مَا هُوَ الْعَرَضُ مِنَ النِّكَاحِ يَحْصُلُ عِنْدَ ذَلِكَ وَهُوَ التَّوَالُدُ وَالتَّنَاسُلُ، وَالْمُرْتَدُّ وَالْمُرْتَدَّةُ لَيْسَا عَلَى تِلْكَ الْمِلَّةِ فَلَا يَصِحُّ نِكَاحُهُمَا، لِأَنَّ الْمُرْتَدَّ يُقْتَلُ وَالْمُرْتَدَّةُ تُحْبَسُ فَكَيْفَ يَتِمُّ لهُمَا هَذِهِ الْأَعْرَاضُ مِنَ النِّكَاحِ، بِخِلَافِ الْمُحْسِنِ وَأَهْلِ الشَّرْكِ فَإِنَّهُمْ ذَاتُوا دِينًا يُقَرُّونَ عَلَيْهِ قَبْلَ الْإِسْلَامِ وَبَعْدَهُ إِنْ لَمْ تُكُنْ الْمَرْأَةُ مِنْ مَحَارِمِهِ فَكَانَتْ الْمَصَالِحُ مُنْتَظِمَةً. وَقَوْلُهُ (كَالْمُفَاوِضَةِ) مَعْنَاهُ أَنَّ الْمُرْتَدَّ إِنْ فَاوِضَ مُسْلِمًا تَوَقَّفَ، فَإِنْ أَسْلَمَ نَفَذَتْ الْمُفَاوِضَةُ وَإِنْ مَاتَ أَوْ قُتِلَ أَوْ قُضِيَ بِلِحَاقِهِ بَدَارِ الْحَرْبِ بَطَلَتْ الْمُفَاوِضَةُ بِالِاتِّفَاقِ (قَوْلُهُ وَهُوَ مَا عَدَدْنَاهُ) يَعْنِي قَوْلُهُ وَمَا بَاعَهُ أَوْ اشْتَرَاهُ إلخ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّهُ مُكَلَّفٌ يَحْتَاجُ إلخ. وَقَوْلُهُ (وَلِهَذَا لَوْ وُلِدَ لَهُ وَلَدٌ بَعْدَ الرَّدَّةِ لَسِتَّةُ أَشْهُرٍ) تَوْضِيحٌ لَوْجُودِ مَلِكِ الْمُرْتَدِّ: يَعْنِي فَلَوْ كَانَ الْمَلِكُ زَائِلًا لَمَّا وَرِثَهُ هَذَا الْوَلَدُ لَكُنَّ عُلُوقُهُ بَعْدَ الْارْتِدَادِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ مَاتَ وَلَدُهُ بَعْدَ الرَّدَّةِ) يَعْنِي لَوْ مَاتَ وَلَدُهُ الْمَوْلُودُ قَبْلَ الرَّدَّةِ بَعْدَهَا قَبْلَ مَوْتِ الْمُرْتَدِّ لَا يَرِثُهُ، فَلَوْ لَمْ يَكُنْ مَلِكُهُ قَائِمًا بَعْدَ الرَّدَّةِ لَوَرِثَهُ هَذَا الْوَلَدُ لِأَنَّهُ كَانَ حَيًّا وَقَدْ رَدَّ الْأَبَ، فَإِذَا ثَبَتَ وُجُودُ الْأَهْلِيَّةِ وَقِيَامُ الْمَلِكِ يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ لَكِنْ عَلَى الْاِخْتِلَافِ الْمَذْكُورِ فِي الْكِتَابِ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ فِي تَوَقُّفِ الْمَلِكِ) إِشَارَةٌ إِلَى مَا قَدَّمَهُ مِنْ قَوْلِهِ وَلَهُ أَنَّهُ حَرْبِيٌّ مَقْهُورٌ تَحْتَ أَيْدِينَا (وَتَوَقُّفِ التَّصَرُّفَاتِ بِنَاءً عَلَيْهِ) أَيُّ عَلَى تَوَقُّفِ الْمَلِكِ. وَقَوْلُهُ (لِتَوَقُّفِ حَالِهِ) أَيُّ حَالِ الْحَرْبِيِّ بَيْنَ الْأَسْتِرْقَاقِ وَالْقَتْلِ وَالْمَنِّ.

وَقَوْلُهُ (وَكَذَا الْمُرْتَدُّ) يَعْنِي: حَالُهُ يَتَوَقَّفُ بَيْنَ الْقَتْلِ وَالْإِسْلَامِ، ثُمَّ هُنَاكَ إِنْ أُسْتَرِقَّ أَوْ قُتِلَ بَطَلَ وَإِنْ تُرِكَ نَفَذَ فَكَذَلِكَ هَاهُنَا. وَاعْتَرِضَ عَلَيْهِ أَنَّ الْحَرْبِيَّ الَّذِي دَخَلَ دَارَنَا بِغَيْرِ أَمَانٍ يَكُونُ فَيئًا فَكَيْفَ تَتَوَقَّفُ تَصَرُّفَاتُهُ، وَالْاعْتِرَافُ بِجَوَازِ الْمَنِّ يُسْقِطُ الْاعْتِرَاضَ. وَقَوْلُهُ (وَأَسْتَحْقَاقُهُ الْقَتْلَ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا وَلَا خِفَاءَ فِي الْأَهْلِيَّةِ. وَتَقْرِيرُهُ: لَا نُسَلِّمُ وُجُودَ الْأَهْلِيَّةِ لِأَنَّ الصَّحَّةَ تَقْتَضِي أَهْلِيَّةَ كَامِلَةً وَلَيْسَتْ بِمَوْجُودَةٍ فِي الْمُرْتَدِّ، كَمَا أَنَّهَا لَيْسَتْ بِمَوْجُودَةٍ فِي الْحَرْبِيِّ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَسْتَحِقُّ الْقَتْلَ لِبُطْلَانِ سَبَبِ الْعِصْمَةِ وَهُوَ كَوْنُهُ آدَمِيًّا مُسْلِمًا وَذَلِكَ يُوجِبُ الْخُلُلَ فِي الْأَهْلِيَّةِ. وَقَوْلُهُ (فِي الْفَصْلَيْنِ) يُرِيدُ بِهِ

فصل الحَرْبِيَّ وَفصل المُرْتَدِّ. فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ اسْتَحْقَاقُ الْقَتْلِ مُوجِبًا لِلْخَلِّ فِي الْأَهْلِيَّةِ مُؤَثِّرًا فِي تَوْقُفِ التَّصَرُّفَاتِ لَكَانَ تَصَرُّفَاتُ الزَّانِي الْمُخْصَنِ الَّذِي يَسْتَحِقُّ الرَّجْمَ وَقَاتِلُ الْعَمْدِ مَوْقُوفَةً لَاسْتَحْقَاقِهِمَا الْقَتْلَ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (لَأَنَّ الاسْتَحْقَاقَ فِي ذَلِكَ) يَعْنِي أَنَّ الاسْتَحْقَاقَ الْمَوْجِبَ لِلْخَلِّ وَهُوَ مَا كَانَ بِاعْتِبَارِ بُطْلَانِ سَبَبِ الْعِصْمَةِ، وَالزَّانِي وَالْقَاتِلُ لَيْسَا كَذَلِكَ لِأَنَّ الاسْتَحْقَاقَ فِيهِمَا (جَزَاءٌ عَلَى الْجَنَائَةِ) وَقَوْلُهُ وَبِخِلَافِ الْمَرَأَةِ جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا وَصَارَ كَالْمُرْتَدَّةِ.

(فَإِنْ عَادَ الْمُرْتَدُّ بَعْدَ الْحُكْمِ بِلِحَاقِهِ بِدَارِ الْحَرْبِ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ مُسْلِمًا فَمَا وَجَدَهُ فِي يَدِ وَرَثَتِهِ مِنْ مَالِهِ بَعَيْنِهِ أَخَذَهُ)؛ لِأَنَّ الْوَارِثَ إِنَّمَا يَخْلُفُهُ فِيهِ لَاسْتِغْنَائِهِ، وَإِذَا عَادَ مُسْلِمًا احتَاجَ إِلَيْهِ فَيَقْدَمُ عَلَيْهِ؛ بِخِلَافِ مَا إِذَا أَزَالَهُ الْوَارِثُ عَنْ مِلْكِهِ، وَبِخِلَافِ أُمَهَاتِ أَوْلَادِهِ وَمُدَبِّرِيهِ؛ لِأَنَّ الْقَضَاءَ قَدْ صَحَّ بِدَلِيلٍ مُصَحِّحٍ فَلَا يَنْقُضُ، وَلَوْ جَاءَ مُسْلِمًا قَبْلَ أَنْ يَقْضِيَ الْقَاضِي بِذَلِكَ فَكَأَنَّهُ لَمْ يَزَلْ مُسْلِمًا مَا ذَكَرْنَا.

الشرح:

قَالَ (فَإِنْ عَادَ الْمُرْتَدُّ بَعْدَ الْحُكْمِ بِلِحَاقِهِ) أَيَّ إِذَا عَادَ الْمُرْتَدُّ بَعْدَ الْحُكْمِ بِلِحَاقِهِ بِدَارِ الْحَرْبِ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ (مُسْلِمًا فَمَا وَجَدَهُ فِي يَدِ وَرَثَتِهِ مِنْ مَالِهِ بَعَيْنِهِ أَخَذَهُ) لِأَنَّ الْوَارِثَ إِنَّمَا يَخْلُفُهُ فِيهِ لَاسْتِغْنَائِهِ عَنْهُ حَيْثُ دَخَلَ دَارَ الْحَرْبِ (وَإِذَا عَادَ مُسْلِمًا احتَاجَ إِلَيْهِ فَيَقْدَمُ عَلَيْهِ) أَيَّ عَلَى الْوَارِثِ. قَالَ شَمْسُ الْأُيُومِ الْحُلَوَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي هَذَا: وَلَوْ كَانَ هَذَا بَعْدَ مَوْتِهِ حَقِيقَةً بِأَنَّ أَحْيَاءَ اللَّهِ تَعَالَى وَأَعَادَهُ إِلَى الدُّنْيَا كَانَ الْحُكْمُ فِيهِ هَكَذَا إِلَّا أَنَّهُ خِلَافُ الْعَادَةِ (بِخِلَافِ مَا إِذَا أَزَالَهُ الْوَارِثُ عَنْ مِلْكِهِ) فَإِنَّهُ لَا سَبِيلَ لَهُ لِأَنَّهُ أَزَالَهُ فِي وَقْتٍ كَانَ فِيهِ سَبِيلٌ مِنَ الْإِزَالَةِ فَتَقَدَّزَتْ (وَبِخِلَافِ أُمَهَاتِ الْأَوْلَادِ وَالْمُدَبِّرِينَ) فَإِنَّهُ لَا سَبِيلَ لَهُ عَلَيْهِمْ (لِأَنَّ الْقَضَاءَ يَعْتَقِبُهُمْ قَدْ صَحَّ بِدَلِيلٍ مُصَحِّحٍ) وَهُوَ قَضَاءُ الْقَاضِي بِلِحَاقِهِ عَنْ وِلَايَةٍ، لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ كَانَ لَهُ أَنْ يُمِيتَهُ حَقِيقَةً، فَإِذَا خَرَجَ عَنْ وِلَايَتِهِ كَانَ لَهُ أَنْ يُمِيتَهُ حُكْمًا، فَإِذَا كَانَ قَضَاؤُهُ عَنْ وِلَايَةٍ نَفَذَ، وَالْعِتْقُ بَعْدَ وَقُوعِهِ لَا يَحْتَمِلُ النُّقْضَ.

(وَلَوْ جَاءَ مُسْلِمًا قَبْلَ قَضَاءِ الْقَاضِي بِذَلِكَ فَكَأَنَّهُ لَمْ يَزَلْ مُسْلِمًا) فَأُمَهَاتُ أَوْلَادِهِ وَمُدَبِّرُوهُ عَلَى حَالِهِمْ لَا يَعْتَقُونَ بِقَضَاءِ الْقَاضِي، وَمَا كَانَ عَلَيْهِ مِنَ الدُّيُونِ فَهُوَ إِلَى أَجَلِهِ

كَمَا كَانَتْ (لَمَّا ذَكَّرْنَا) يَعْنِي مِنْ قَوْلِهِ إِلَّا أَنَّهُ لَا يَسْتَقِرُّ لِحَاقِهِ إِلَّا بِقَضَاءِ الْقَاضِي.

(وَإِذَا وَطِئَ الْمُرْتَدُّ جَارِيَةً نَصْرَانِيَّةً كَانَتْ لَهُ فِي حَالَةِ الْإِسْلَامِ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ لَأَكْثَرِ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مُنْذُ ارْتَدَّ فَادَّعَاهُ فَهِيَ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ وَالْوَلَدُ حُرٌّ وَهُوَ ابْنُهُ وَلَا يَرِثُهُ، وَإِنْ كَانَتْ الْجَارِيَةُ مُسْلِمَةً وَرِثَهُ الْإِبْنُ إِنْ مَاتَ عَلَى الرِّدَّةِ أَوْ لِحَقَّ بِدَارِ الْحَرْبِ) أَمَّا صِحَّةُ الْاِسْتِيلَادِ فَلَمَّا قُلْنَا، وَأَمَّا الْإِرْثُ فَلَأَنَّ الْأُمَّ إِذَا كَانَتْ نَصْرَانِيَّةً وَالْوَلَدُ تَبَعَ لَهُ لِقُرْبِهِ إِلَى الْإِسْلَامِ لِلْجَبْرِ عَلَيْهِ فَصَارَ فِي حُكْمِ الْمُرْتَدِّ وَالْمُرْتَدُّ لَا يَرِثُ الْمُرْتَدُّ، أَمَّا إِذَا كَانَتْ مُسْلِمَةً فَالْوَلَدُ مُسْلِمٌ تَبَعَ لَهَا؛ لِأَنَّهَا خَيْرُهُمَا دِينًا وَالْمُسْلِمُ يَرِثُ الْمُرْتَدَّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا وَطِئَ الْمُرْتَدُّ جَارِيَةً نَصْرَانِيَّةً) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (فَلَمَّا قُلْنَا) إشارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّهُ لَا يَفْتَقِرُ إِلَى حَقِيقَةِ الْمَلِكِ ثُمَّ حُكْمُ تَمَامِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ حُكْمُ الْأَكْثَرِ مِنْهَا، وَإِنَّمَا قِيدَ بِقَوْلِهِ لَأَكْثَرِ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ احْتِرَازًا عَمَّا إِذَا جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، فَإِنَّ الْوَلَدَ يَرِثُ أَبَاهُ الْمُرْتَدَّ وَإِنْ كَانَتْ أُمُّهُ نَصْرَانِيَّةً، لِأَنَّا تَقَفْنَا حِينَئِذٍ بِوُجُودِهِ فِي الْبَطْنِ قَبْلَ الرِّدَّةِ فَيَكُونُ مُسْلِمًا تَبَعَ لِأَيِّهِ، وَأَمَّا إِذَا جَاءَتْ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الرِّدَّةِ لَمْ يَتَيَقَّنْ بِعُلُوقِ الْوَلَدِ قَبْلَ الرِّدَّةِ فَلَا يُجْعَلُ الْوَلَدُ مُسْلِمًا بِإِسْلَامِ الْأَبِ قَبْلَ الرِّدَّةِ

(وَإِذَا لِحَقَّ الْمُرْتَدُّ بِمَالِهِ بِدَارِ الْحَرْبِ ثُمَّ ظَهَرَ عَلَى ذَلِكَ الْمَالِ فَهُوَ فِيءٌ، فَإِنْ لِحَقَّ ثُمَّ رَجَعَ وَأَخَذَ مَالًا وَالْحَقُّهُ بِدَارِ الْحَرْبِ فَظَهَرَ عَلَى ذَلِكَ الْمَالِ فَوَجَدَتْهُ الْوَرَثَةُ قَبْلَ الْقِسْمَةِ رُدُّ عَلَيْهِمْ؛) لِأَنَّ الْأَوَّلَ مَالٌ لَمْ يَجْرِ فِيهِ الْإِرْثُ، وَالثَّانِي انْتَقَلَ إِلَى الْوَرَثَةِ بِقَضَاءِ الْقَاضِي بِلِحَاقِهِ فَكَانَ الْوَارِثُ مَالِكًا قَدِيمًا.

الشرح:

(وَإِذَا لِحَقَّ الْمُرْتَدُّ بِمَالِهِ بِدَارِ الْحَرْبِ ثُمَّ ظَهَرَ عَلَى ذَلِكَ الْمَالِ فَهُوَ فِيءٌ) أَيُّ الْمَالِ فِيءٌ دُونَ نَفْسِهِ. وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْمَالُ فَيْئًا دُونَ نَفْسِهِ كَمُشْرِكِي الْعَرَبِ (وَإِنْ لِحَقَّ ثُمَّ رَجَعَ) يَعْنِي وَإِنْ لِحَقَّ وَحَكَمَ الْقَاضِي بِلِحَاقِهِ ثُمَّ رَجَعَ (وَأَخَذَ مَالًا وَالْحَقُّهُ بِدَارِ الْحَرْبِ فَظَهَرَ عَلَى ذَلِكَ الْمَالِ فَوَجَدَتْهُ الْوَرَثَةُ قَبْلَ الْقِسْمَةِ رُدُّ عَلَيْهِمْ) وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْمَسْأَلَتَيْنِ أَنَّ الْأَوَّلَ مَالٌ لَمْ يَجْرِ فِيهِ الْإِرْثُ فَهُوَ مَالُ الْحَرْبِيِّ، وَإِذَا ظَهَرَ عَلَى مَالِ الْحَرْبِيِّ فَهُوَ فِيءٌ لَا مَحَالَةَ (وَالثَّانِي انْتَقَلَ إِلَى وَرَثَتِهِ بِقَضَاءِ الْقَاضِي بِلِحَاقِهِ فَكَانَ الْوَارِثُ مَالِكًا قَدِيمًا)

وَالْمَالُ الْقَدِيمُ إِذَا وَجَدَ مَالُهُ فِي الْغَنِيمَةِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ أَخَذَهُ مَجَانًّا، فَإِنْ لَمْ يَكُنِ الْقَاضِي حَكَمَ بِلِحَاقِهِ وَالْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا؛ فَبِظَاهِرِ الرِّوَايَةِ يُرَدُّ عَلَى الْوَرَّةِ أَيْضًا لِأَنَّهُ مَتَى لِحَقَّ بَدَارِ الْحَرْبِ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يَعُودُ فَكَانَ مِثْلًا ظَاهِرًا. وَفِي بَعْضِ رِوَايَاتِ السِّيَرِ يَكُونُ فِيمَا لَا حَقَّ لِلْوَرَّةِ فِيهِ لِأَنَّ الْحَقَّ لَا يَثْبُتُ لَهُمْ إِلَّا بِالْقَضَاءِ.

(وَإِذَا لَحِقَ الْمُرْتَدُّ بَدَارِ الْحَرْبِ وَلَهُ عَبْدٌ فَقَضِيَ بِهِ لِابْنِهِ وَكَاتَبَهُ الْإِبْنُ ثُمَّ جَاءَ الْمُرْتَدُّ مُسْلِمًا فَالْكِتَابَةُ جَائِزَةٌ، وَالْمُكَاتَبَةُ وَالْوَلَاءُ لِلْمُرْتَدِّ الَّذِي أَسْلَمَ؛ لِأَنَّهُ لَا وَجْهَ إِلَى بُطْلَانِ الْكِتَابَةِ لِنُفُوذِهَا بِدَلِيلٍ مُنْفَذٍ، فَجَعَلْنَا الْوَارِثَ الَّذِي هُوَ خَلْفُهُ كَالْوَكِيلِ مِنْ جِهَتِهِ، وَحُقُوقُ الْعَقْدِ فِيهِ تَرْجِعُ إِلَى الْمُوَكَّلِ، وَالْوَلَاءُ لِمَنْ يَقَعُ الْعِتْقُ عَنْهُ.

الشرح:

(وَإِذَا لَحِقَ الْمُرْتَدُّ بَدَارِ الْحَرْبِ وَلَهُ عَبْدٌ فَقَضِيَ بِهِ لِابْنِهِ فَكَاتَبَهُ الْإِبْنُ ثُمَّ جَاءَ الْمُرْتَدُّ مُسْلِمًا فَالْكِتَابَةُ جَائِزَةٌ، وَالْمُكَاتَبَةُ وَالْوَلَاءُ لِلْمُرْتَدِّ الَّذِي أَسْلَمَ) أَمَّا جَوَازُ الْكِتَابَةِ (فَلِأَنَّهُ لَا وَجْهَ إِلَى بُطْلَانِهَا لِنُفُوذِهَا بِدَلِيلٍ مُنْفَذٍ) وَهُوَ قَضَاءُ الْقَاضِي بِاللِّحَاقِ، ثُمَّ بَعْدَ ذَلِكَ إِمَّا أَنْ يَبْقَى الْمُكَاتَبُ عَلَى مِلْكِ الْإِبْنِ أَوْ يَنْتَقِلَ إِلَى الْأَبِ، لَا سَبِيلَ إِلَى الْأَوَّلِ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ لَا تُحِلُّ بِمِلْكِ الرَّقَبَةِ، وَقَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ الْمُرْتَدَّ إِذَا عَادَ مُسْلِمًا أَخَذَ مَا وَجَدَهُ بَعَيْنِهِ فِي يَدِ وَارِثِهِ، وَلَا إِلَى الثَّانِي لِأَنَّ الْمُكَاتَبَ لَا يَقْبَلُ الْإِنْتِقَالَ مِنْ مِلْكٍ إِلَى مِلْكٍ فَجَعَلْنَا الْوَارِثَ الَّذِي هُوَ خَلْفُهُ كَالْوَكِيلِ مِنْ جِهَتِهِ لِأَنَّ فِي الْوَكَالَةِ خِلَافَةً اِحْتِيَالًا لِبَقَاءِ حُكْمِ الْحَاكِمِ فِي صِحَّةِ الْكِتَابَةِ فَكَانَتْهُ وَكَلَّتْهُ فِي كِتَابَةِ عَبْدِهِ (وَحُقُوقُ الْعَقْدِ فِيهِ) أَيُّ فِي عَقْدِ الْكِتَابَةِ (تَرْجِعُ إِلَى الْمُوَكَّلِ) وَأَمَّا أَنَّ الْوَلَاءَ لِلْمُرْتَدِّ الَّذِي أَسْلَمَ فَلِأَنَّ الْوَلَاءَ لِمَنْ أَعْتَقَ، وَالْعِتْقُ إِنَّمَا يَحْصُلُ مِنْهُ بَعْدَ أَدَاءِ بَدَلِ الْكِتَابَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا رَجَعَ مُسْلِمًا بَعْدَ أَدَاءِ بَدَلِ الْكِتَابَةِ لِأَنَّ الْمَلِكَ الَّذِي كَانَ لَهُ لَمْ يَبْقَ قَائِمًا حَيًّا.

(وَإِذَا قُتِلَ الْمُرْتَدُّ رَجُلًا خَطَأً ثُمَّ لَحِقَ بَدَارِ الْحَرْبِ أَوْ قُتِلَ عَلَى رِدَّتِهِ فَالْدِّيَّةُ فِي مَالِ اكْتَسَبَهُ فِي حَالِ الْإِسْلَامِ خَاصَّةً عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: الدِّيَّةُ فِيمَا اكْتَسَبَهُ فِي حَالِ الْإِسْلَامِ وَالرَّدَّةِ جَمِيعًا؛ لِأَنَّ الْعَوَاقِلَ لَا تَعْقِلُ الْمُرْتَدَّ؛ لِانْعِدَامِ التُّصَرِّعَةِ فَتَكُونُ فِي مَالِهِ وَعِنْدَهُمَا الْكَسْبَانِ جَمِيعًا مَالُهُ؛ لِنُفُوذِ تَصَرُّفَاتِهِ فِي الْحَالَيْنِ، وَلِهَذَا يَجْرِي الْإِرْثُ فِيهِمَا عِنْدَهُمَا. وَعِنْدَهُ مَالُهُ الْمَكْتَسَبُ فِي الْإِسْلَامِ؛ لِنَفَازِ تَصَرُّفِهِ فِيهِ دُونَ الْمَكْسُوبِ فِي الرَّدَّةِ؛

لَتَوْفَّقَ تَصَرُّفِهِ، وَلِهَذَا كَانَ الْأَوَّلُ مِيرَاثًا عَنْهُ، وَالثَّانِي فَيْثًا عِنْدَهُ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا قَتَلَ الْمُرْتَدُّ رَجُلًا) كَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (لَا بُعْدَ لِمُتَصَرِّفِهِ) يَعْنِي أَنَّ التَّعَاقُلَ إِنَّمَا يَكُونُ بِاعْتِبَارِ التَّنَاصُرِ، وَأَحَدٌ لَا يَنْصُرُ الْمُرْتَدُّ فَتَكُونُ الدِّيَّةُ فِي مَالِهِ كَسَائِرِ دُيُونِهِ وَمَالُهُ هُوَ الْمُكْتَسَبُ فِي حَالِ الْإِسْلَامِ دُونَ الرَّدَّةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله (وَعِنْدَهُمَا الْكَسْبَانِ جَمِيعًا مَالُهُ) فَقَوْلُهُ وَعِنْدَهُ مَالُهُ الْمُكْتَسَبُ مُبْتَدَأٌ وَخَبَرٌ، وَكَانَ الْمَقَامُ مُقْتَضِيًا لِضَمِيرِ الْفَصْلِ لِيَفْصَلَ عَنْ الصِّفَةِ.

(وَإِذَا قُطِعَت يَدُ الْمُسْلِمِ عَمْدًا فَارْتَدَّ وَالْعِيَادُ بِاللَّهِ ثُمَّ مَاتَ عَلَى رِدَّتِهِ مِنْ ذَلِكَ أَوْ لِحَقِّ بَدَارِ الْحَرْبِ ثُمَّ جَاءَ مُسْلِمًا فَمَاتَ مِنْ ذَلِكَ فَعَلَى الْقَاطِعِ نِصْفُ الدِّيَةِ فِي مَالِهِ لِلْوَرَثَةِ) أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَأَنَّ السَّرَايَةَ حَلَّتْ مَحَلًّا غَيْرَ مَعْصُومٍ فَأَهْدَرَتْ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قُطِعَت يَدُ الْمُرْتَدِّ ثُمَّ أَسْلَمَ فَمَاتَ مِنْ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْإِهْدَارَ لَا يَلْحَقُهُ الْاعْتِبَارُ، أَمَّا الْمُعْتَبَرُ فَقَدْ يَهْدَرُ بِالْإِبْرَاءِ فَكَذَا بِالرَّدَّةِ. وَأَمَّا الثَّانِي وَهُوَ مَا إِذَا لِحَقَّ وَمَعْنَاهُ إِذَا قُضِيَ بِلِحَاقِهِ فَلَأَنَّهُ صَارَ مَيِّتًا تَقْدِيرًا، وَالْمَوْتُ يَقْطَعُ السَّرَايَةَ، وَإِسْلَامُهُ حَيَاةٌ حَادِثَةٌ فِي التَّقْدِيرِ فَلَا يَعُودُ حُكْمُ الْجِنَايَةِ الْأُولَى، فَإِذَا لَمْ يَقْضِ الْقَاضِي بِلِحَاقِهِ فَهُوَ عَلَى الْخِلَافِ الَّذِي ثَبِّتَهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. قَالَ (فَإِنْ لَمْ يَلْحَقْ وَأَسْلَمَ ثُمَّ مَاتَ فَعَلَيْهِ الدِّيَّةُ كَامِلَةً) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَزُفَرٌ: فِي جَمِيعِ ذَلِكَ نِصْفُ الدِّيَةِ؛ لِأَنَّ اعْتِرَاضَ الرَّدَّةِ أَهْدَرَ السَّرَايَةَ فَلَا يَنْقَلِبُ بِالْإِسْلَامِ إِلَى الضَّمَانِ، كَمَا إِذَا قُطِعَ يَدُ مُرْتَدٍّ فَأَسْلَمَ. وَلَهُمَا أَنَّ الْجِنَايَةَ وَرَدَّتْ عَلَى مَحَلٍّ مَعْصُومٍ وَتَمَّتْ فِيهِ فَيَجِبُ ضَمَانُ النَّفْسِ، كَمَا إِذَا لَمْ تَتَخَلَّلْ الرَّدَّةُ، وَهَذَا؛ لِأَنَّهُ لَا مُعْتَبَرَ بِقِيَامِ الْعِصْمَةِ فِي حَالِ بَقَاءِ الْجِنَايَةِ، وَإِنَّمَا الْمُعْتَبَرُ قِيَامُهَا فِي حَالِ انْعِقَادِ السَّبَبِ وَفِي حَالِ ثُبُوتِ الْحُكْمِ، وَحَالَةُ الْبَقَاءِ بِمَعْرِزٍ مِنْ ذَلِكَ كُلِّهِ، وَصَارَ كَقِيَامِ الْمَلِكِ فِي حَالِ بَقَاءِ الْيَمِينِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ أَمَّا الْأَوَّلُ) يَعْنِي مَا إِذَا مَاتَ عَلَى رِدَّتِهِ (قَوْلُهُ فَأَهْدَرَتْ) يَعْنِي السَّرَايَةَ لِأَنَّهَا لَوْ لَمْ تُهْدَرْ لَوَجَبَ الْقِصَاصُ فِي الْعَمْدِ وَالْدِّيَّةُ الْكَامِلَةُ فِي الْخَطِإِ لِأَنَّ قُطْعَ الْيَدِ صَارَ نَفْسًا (بِخِلَافِ مَا إِذَا قُطِعَت يَدُ الْمُرْتَدِّ ثُمَّ أَسْلَمَ فَمَاتَ مِنْ ذَلِكَ) فَإِنَّهُ لَا يَضْمَنُ الْقَاطِعُ مِنْ ذَلِكَ شَيْئًا وَإِنْ كَانَ مَعْصُومًا وَقَتِ السَّرَايَةَ (لِأَنَّ الْإِهْدَارَ لَا يَلْحَقُهُ الْاعْتِبَارُ) يَعْنِي

إِذَا لَمْ يَقَعْ مُعْتَبَرًا ابْتِدَاءً لَا يَنْقَلِبُ مُعْتَبَرًا بَعْدَ ذَلِكَ لِأَنَّ غَيْرَ الْمَوْجِبِ لَا يَنْقَلِبُ مُوجِبًا
 (أَمَّا الْمُعْتَبَرُ فَقَدْ يُهْدَرُ بِالْإِبْرَاءِ فَكَذَلِكَ بِالرَّدَّةِ. قَوْلُهُ فَإِنْ لَمْ يَلْحَقْ وَأُسْلِمَ) يَعْنِي إِذَا قُطِعَ
 يَدُ الْمُسْلِمِ ثُمَّ ارْتَدَّ وَالْعِيَاذُ بِاللَّهِ تَعَالَى وَلَمْ يَلْحَقْ بِدَارِ الْحَرْبِ ثُمَّ أُسْلِمَ ثُمَّ مَاتَ فَعَلَيْهِ
 الدِّيَّةُ كَامِلَةٌ (قَوْلُهُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ) أَيِّ فِيمَا إِذَا مَاتَ عَلَى رِدَّتِهِ أَوْ لَحِقَ ثُمَّ جَاءَ مُسْلِمًا
 أَوْ لَمْ يَلْحَقْ وَأُسْلِمَ وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ اعْتِرَاضَ الرَّدَّةِ أَهْدَرَ السَّرَايَةَ فَلَا يَنْقَلِبُ بِالْإِسْلَامِ إِلَى
 الضَّمَانِ) دَلِيلُهُ أَنَّ الرَّدَّةَ مَعْنَى لَوْ مَاتَ عَلَيْهِ لَمْ يَجِبْ بِالسَّرَايَةِ شَيْءٌ فَكَذَلِكَ إِذَا لَمْ يَمُتْ
 عَلَيْهِ كَعَبْدٍ قُطِعَتْ يَدُهُ ثُمَّ بَاعَهُ الْمَوْلَى ثُمَّ اشْتَرَاهُ أَوْ تَفَاسَخَا الْبَيْعَ ثُمَّ مَاتَ الْعَبْدُ لَمْ
 يَجِبْ إِلَّا دِيَّةُ الْيَدِ كَمَا لَوْ مَاتَ عَلَى الْبَيْعِ، لِأَنَّ الْبَيْعَ مَعْنَى لَوْ مَاتَ عَلَيْهِ لَمْ يَجِبْ
 بِالسَّرَايَةِ شَيْءٌ، لِأَنَّ الْإِقْدَامَ عَلَى الْبَيْعِ إِبْرَاءٌ عَنِ الْجَنَايَةِ مِنْ حَيْثُ الْمَعْنَى، وَصَارَ كَمَا إِذَا
 قُطِعَ يَدُ مُرْتَدٍّ فَأُسْلِمَ سَوَاءً مَاتَ مِنَ الْقَطْعِ أَوْ لَمْ يَمُتْ حَيْثُ لَا يَجِبُ ضَمَانُ النَّفْسِ فِي
 الْأَوَّلِ وَلَا ضَمَانُ الْيَدِ فِي الثَّانِي بِنَاءً عَلَى الْأَصْلِ الْمَارُّ أَنَّ الْمُهْدَرَّ لَا يَلْحَقُهُ الْإِعْتِبَارُ
 (وَلَهُمَا أَنَّ الْجَنَايَةَ وَرَدَتْ عَلَى مَحَلٍّ مَعْصُومٍ) لِأَنَّ الْفَرَضَ أَنَّهُ قُطِعَ يَدُهُ وَهُوَ مُسْلِمٌ
 وَتَمَّتْ عَلَى مَحَلٍّ مَعْصُومٍ لِأَنَّ الْفَرَضَ أَنَّهُ لَمْ يَلْحَقْ وَأُسْلِمَ فَيَجِبُ ضَمَانُ النَّصْفِ
 وَالْبَاقِي ظَاهِرٌ وَقَوْلُهُ (وَصَارَ كَقِيَامِ الْمَلِكِ فِي حَالِ بَقَاءِ الْيَمِينِ) يَعْنِي إِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ إِنْ
 دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتَ حُرٌّ ثُمَّ بَاعَهُ ثُمَّ اشْتَرَاهُ ثُمَّ دَخَلَ الدَّارَ عَتَقَ، أَمَّا لَوْ عَدِمَ الْمَلِكُ عِنْدَ
 الْيَمِينِ أَوْ عِنْدَ الْحِنْثِ لَمْ يَعْتَقِ. وَفَرَّقَ بَيْنَ الرَّدَّةِ وَالْبَيْعِ بِأَنَّ الرَّدَّةَ لَيْسَتْ بِإِبْرَاءٍ وَلَا
 مُسْتَلَزِمَةً لَهُ لِأَنَّهَا وَضِعَتْ لِتَبْدِيلِ الدِّينِ وَتَصَحُّ مِنْ غَيْرِ إِبْرَاءٍ، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا مَاتَ عَلَى ذَلِكَ
 لَمْ يَجِبِ الضَّمَانُ لَهْدَرِ دَمِهِ بِالرَّدَّةِ، بِخِلَافِ بَيْعِ الْعَبْدِ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ لِأَنَّ الْبَيْعَ وَضِعَ لِقَطْعِ
 مِلْكِهِ وَالضَّمَانُ بَدَلُ مِلْكِهِ، فَإِذَا قُطِعَ الْأَصْلُ قَصْدًا فَقَدْ قُطِعَ الْبَدَلُ أَيْضًا فَصَارَ كَالْإِبْرَاءِ.
 وَذَكَرَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ أَنَّ قَوْلَ مُحَمَّدٍ وَزُفَرَ
 رَحِمَهُمَا اللَّهُ قِيَاسٌ، وَقَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا اسْتِحْسَانٌ. وَلَمْ
 يَذْكُرْ فِي الْكِتَابِ مَا إِذَا كَانَ الْقَاطِعُ هُوَ الَّذِي ارْتَدَّ فَقُتِلَ وَمَاتَ الْمَقْطُوعُ يَدُهُ بِالسَّرَايَةِ
 مُسْلِمًا. وَحُكْمُهُ أَنَّهُ إِنْ كَانَ عَمْدًا فَلَا شَيْءَ لَهُ، لِأَنَّ الْوَاجِبَ فِي الْعَمْدِ الْقَوْدُ، وَقَدْ
 فَاتَ مَحَلَّهُ حِينَ قُتِلَ عَلَى رِدَّتِهِ أَوْ مَاتَ، وَإِنْ كَانَ خَطَأً فَعَلَى عَاقِلَةِ الْقَاطِعِ دِيَّةُ النَّفْسِ
 لِأَنَّهُ عِنْدَ الْجَنَايَةِ كَانَ مُسْلِمًا، وَجَنَايَةُ الْمُسْلِمِ إِذَا كَانَتْ خَطَأً عَلَى عَاقِلَتِهِ وَتَبَيَّنَ بِالسَّرَايَةِ

أَنَّ جَنَائِثَهُ كَانَتْ قَتْلًا فَلِهَذَا كَانَتْ عَلَى عَاقِلَتِهِ دِيَّةُ النَّفْسِ، وَإِنْ كَانَتْ الْجَنَائِثُ مِنْهُ فِي حَالِ رِدَّتِهِ كَانَتْ الدِّيَّةُ فِي الْخَطِإِ فِي مَالِهِ لَمَّا يَبَيَّنَ أَنَّ الْمُرْتَدَّ لَا يَعْمَلُ جَنَائِثَهُ أَحَدًا.

(وَإِذَا ارْتَدَّ الْمُكَاتِبُ وَلَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ وَاكْتَسَبَ مَا لَا فَائِذَ بِمَالِهِ وَأَبَى أَنْ يُسَلَّمَ فَقُتِلَ فَإِنَّهُ يُؤْفَى مَوْلَاهُ مُكَاتِبَتُهُ وَمَا بَقِيَ فَلَوْرَثَتِهِ) وَهَذَا ظَاهِرٌ عَلَى أَصْلِهِمَا؛ لِأَنَّ كَسْبَ الرَّدَّةِ مِلْكُهُ إِذَا كَانَ حُرًّا، فَكَذَا إِذَا كَانَ مُكَاتِبًا. وَأَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فَلَأَنَّ الْمُكَاتِبَ إِنَّمَا يَمْلِكُ أَكْسَابَهُ بِالْكِتَابَةِ، وَالْكِتَابَةُ لَا تَتَوَقَّفُ بِالرَّدَّةِ فَكَذَا أَكْسَابُهُ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَتَوَقَّفُ تَصَرُّفُهُ بِالْأَقْوَى وَهُوَ الرِّقُّ، فَكَذَا بِالْأَدْنَى بِالطَّرِيقِ الْأُولَى.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَأَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى الْفَرْقِ بَيْنَ الْمُرْتَدِّ الْحُرِّ وَالْمُكَاتِبِ حَيْثُ لَمْ يَجْعَلْ كَسْبُهُ مِلْكًا لَهُ إِذَا كَانَ حُرًّا وَجَعَلَهُ مِلْكًا لَهُ إِذَا كَانَ مُكَاتِبًا. وَجَهُ الْفَرْقِ مَا ذَكَرَهُ أَنَّ الْمُكَاتِبَ يَمْلِكُ أَكْسَابَهُ بِعَقْدِ الْكِتَابَةِ وَعَقْدُ الْكِتَابَةِ لَا يَتَوَقَّفُ بِالرَّدَّةِ لِأَنَّهُ لَا يَتَوَقَّفُ بِحَقِيقَةِ الْمَوْتِ فَكَذَا بِاللِّحَاقِ الَّذِي هُوَ شِبْهُ الْمَوْتِ، وَإِذَا لَمْ يَتَوَقَّفِ الْعَقْدُ لَمْ تَتَوَقَّفِ الْأَكْسَابُ الْحَاصِلَةُ بِسَبَبِهِ وَاسْتَوْضَحَ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ (أَلَا تَرَى أَنَّهُ) أَيُّ الْمُكَاتِبِ (لَا يَتَوَقَّفُ تَصَرُّفُهُ بِالْأَقْوَى وَهُوَ الرِّقُّ فَكَذَا بِالْأَدْنَى) يَعْنِي الرَّدَّةَ (بِالطَّرِيقِ الْأُولَى) وَإِنَّمَا كَانَ الرِّقُّ أَقْوَى مِنَ الرَّدَّةِ فِي الْمَانِعَةِ عَنِ التَّصَرُّفِ لِأَنَّ بَعْضَ تَصَرُّفَاتِ الْمُرْتَدِّ نَافِذٌ بِالْإِجْمَاعِ كَالْأَسْيِلَادِ وَالطَّلَاقِ.

وَعِنْدَهُمَا عَامَّةُ تَصَرُّفَاتِهِ نَافِذَةٌ كَالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَغَيْرِهِمَا، وَأَمَّا الْعَبْدُ فَمَمْنُوعٌ عَنِ التَّصَرُّفَاتِ كُلِّهَا، ثُمَّ لَمَّا لَمْ يَتَوَقَّفِ تَصَرُّفُ الْمُكَاتِبِ مَعَ كَوْنِهِ رَقِيقًا لَمْ يَتَوَقَّفِ تَصَرُّفُهُ أَيْضًا مَعَ أَنَّهُ مُرْتَدٌّ أُولَى. قَالَ صَاحِبُ النَّهَائَةِ رَحِمَهُ اللَّهُ: قُلْتُ لَشَيْخِي رَحِمَهُ اللَّهُ فِي هَذَا لَا يَلْزَمُ مِنْ عَدَمِ مَنَعِ الرِّقِّ الْمُكَاتِبَ عَنِ التَّصَرُّفِ عَدَمُ مَنَعِ الرَّدَّةِ عَنْهُ، لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَمْنَعُهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى الْإِنْفِرَادِ جَازَ أَنْ يَمْنَعَاهُ عِنْدَ الْجَمْعِ، لِأَنَّ لِلْجَمْعِ تَأْثِيرًا كَمَا فِي الشَّاهِدَيْنِ، ثُمَّ اجْتَمَعَ هَاهُنَا لِلْمُكَاتِبِ ثَلَاثَةٌ أَوْصَافٍ كَوْنُهُ مُكَاتِبًا وَرَقِيقًا وَمُرْتَدًّا، فَجَازَ أَنْ يَكُونَ مَمْنُوعًا عِنْدَ اجْتِمَاعِ هَذِهِ الْأَوْصَافِ. قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَمَّا الْكِتَابَةُ فَهِيَ مُطْلَقَةٌ لِلتَّصَرُّفِ لَا مَانِعَةٌ، وَأَمَّا الرِّقُّ وَالرَّدَّةُ فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عِلَّةٌ فِي الْمَنَعِ عَنِ التَّصَرُّفِ بِإِنْفِرَادِهِ فَلَا يَثْبُتُ الرُّجْحَانُ بِزِيَادَةِ الْعِلَّةِ، كَمَا إِذَا أَقَامَ أَحَدُ الْمُدَّعِينَ أَرْبَعَةً مِنَ الشُّهُودِ،

بَلِ الرَّجْحَانُ إِنَّمَا يَنْبُتُ بِوَصْفٍ فِي الْعِلَّةِ لَا بِالْعِلَّةِ نَفْسِهَا إِلَى هَذَا لَفْظُهُ. وَأَرَى أَنَّ الْجَوَابَ بِحَسَبِ النَّظَرِ غَيْرُ مُطَابِقٍ لِلسُّؤَالِ لِأَنَّهُ مَا أُبْرِزَ السُّؤَالُ مِنْ حَيْثُ إِنَّ إِحْدَى عِلَّتِي الْمَنْعِ تُعَارِضُ عِلَّةَ الْإِطْلَاقِ وَتَتَرَجَّحُ بِالْأُخْرَى، بَلِ أُبْرِزُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُمَا عِنْدَ الْجَمَاعِ لَمْ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَا مَانِعًا عَنِ التَّصَرُّفِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْهَيْئَةَ بِالْاجْتِمَاعِ لَهَا مِنَ الْخَوَاصِّ مَا لَيْسَ لِكُلِّ عَلَى الْإِنْفِرَادِ، وَلَعَلَّ الْهَيْئَةَ الْاجْتِمَاعِيَّةَ إِنَّمَا يَكُونُ لَهَا زِيَادَةُ تَأْثِيرٍ إِذَا أُمِكنَ أَنْ يَحْصُلَ مِنْ تَرْكِيبِهَا أَمْرٌ خَارِجِيٌّ أَوْ اعْتِبَارٌ حَقِيقِيٌّ لَا فَرَضِيٌّ وَلَا يُمَكِّنُ ذَلِكَ مِنَ الرَّقِّ وَالرَّدَّةِ.

(وَإِذَا ارْتَدَّ الرَّجُلُ وَأَمْرَأَتُهُ وَالْعِيَاذُ بِاللَّهِ وَلَحِقَا بِدَارِ الْحَرْبِ فَحَبِلَتِ الْمَرْأَةُ فِي دَارِ الْحَرْبِ وَوَلَدَتْ وَلَدًا وَوُلِدَ لَوْلَدِهِمَا وَلَدٌ فَظَهَرَ عَلَيْهِمْ جَمِيعًا فَالْوُلْدَانِ فِيءٌ)، لِأَنَّ الْمُرْتَدَّةَ تُسْتَرْقُ فَيَتَبَعُهَا وَلَدُهَا، وَيُجْبَرُ الْوَلَدُ الْأَوَّلُ عَلَى الْإِسْلَامِ، وَلَا يُجْبَرُ وَلَدُ الْوَلَدِ. وَرَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يُجْبَرُ تَبَعًا لِلْجَدِّ، وَأَصْلُهُ التَّبَعِيَّةُ فِي الْإِسْلَامِ وَهِيَ رَابِعَةٌ أَرْبَعُ مَسَائِلَ كُلُّهَا عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ. وَالثَّانِيَةُ صَدَقَةُ الْفِطْرِ. وَالثَّلَاثَةُ جَرُّ الْوَلَاءِ. وَالْأُخْرَى الْوَصِيَّةُ لِلْقَرَابَةِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا ارْتَدَّ الرَّجُلُ وَأَمْرَأَتُهُ وَالْعِيَاذُ بِاللَّهِ) قِيلَ قَوْلُهُ فَحَبِلَتِ الْمَرْأَةُ فِي دَارِ الْحَرْبِ تَقْيِيدُهُ بِدَارِ الْحَرْبِ اتِّفَاقِيٌّ فَإِنَّهَا إِنْ حَبِلَتْ فِي دَارِنَا ثُمَّ لَحِقَتْ بِهِ بِدَارِ الْحَرْبِ فَالْجَوَابُ كَذَلِكَ، وَلَعَلَّهُ ذِكْرُهُ لِفَائِدَةٍ وَهِيَ أَنَّ الْعُلُوقَ إِذَا كَانَ فِي دَارِ الْحَرْبِ كَانَ أَبْعَدَ عَنِ الْإِسْلَامِ، وَإِذَا كَانَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ كَانَ أَقْرَبَ إِلَيْهِ بِاعْتِبَارِ الدَّارِ لَكُونِ الدَّارِ جِهَةً فِي الْاسْتِنْبَاعِ، فَالْجَبْرُ هُنَاكَ يَكُونُ جَبْرًا هَاهُنَا بِالطَّرِيقِ الْأَوَّلِ، وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَلَا يُجْبَرُ وَلَدُ الْوَلَدِ) وَهُوَ ظَاهِرُ الرَّوَايَةِ.

وَوَجْهُهُ أَنَّهُ لَوْ كَانَ مُسْلِمًا تَبَعًا لِلْجَدِّ كَانَ تَبَعًا لِلْجَدِّ جَدُّهُ فَحِينَئِذٍ يَكُونُ النَّاسُ كُلُّهُمْ مُسْلِمِينَ تَبَعِيَّةً آدَمَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَلَوْ كَانَ تَبَعًا لِأَبِيهِ وَهُوَ تَبَعٌ لَكَانَ التَّبَعُ مُسْتَبْعًا لغيرِهِ وَرَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّهُ يُجْبَرُ تَبَعًا لِلْجَدِّ لِأَنَّ التَّبَعِيَّةَ فِي حَقِّ الْأَبِ لِلتَّمَرُّعِ، وَالتَّمَرُّعُ ثَابِتٌ فِي حَقِّ الْجَدِّ وَهَذَا كَانَ بِمَنْزِلَةِ الْأَبِ فِي التَّكَاحِ وَبَيْعِ مَالِ الصَّغِيرِ. وَقَوْلُهُ (كُلُّهَا عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ) يَعْنِي فِي ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ لَمْ يُجْعَلِ

الجدُّ بِمَنْزِلَةِ الْأَبِ فِي تِلْكَ الْمَسَائِلِ، وَفِي رِوَايَةِ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ جُعِلَ الْجَدُّ فِيهَا بِمَنْزِلَةِ الْأَبِ، أَمَّا صَيُّورَةُ الْوَلَدِ مُسْلِمًا بِإِسْلَامِ جَدِّهِ فَهِيَ مَا ذَكَرْنَا، وَأَمَّا صُورَةُ صَدَقَةِ الْفَطْرِ فَهِيَ أَنَّ الْأَبَ إِذَا كَانَ فَقِيرًا أَوْ عَبْدًا وَالْجَدُّ مُوسِرٌ هَلْ تَجِبُ فِطْرَةُ الْحَافِدِ عَلَيْهِ أَوْ لَا؟ وَأَمَّا صُورَةُ جَرِّ الْوَلَاءِ فَلَأَنَّهُ إِذَا أُعْتِقَ الْجَدُّ وَالْحَافِدُ حُرٌّ وَالْأَبُ رَقِيقٌ هَلْ يَكُونُ وِلَاءُ الْحَافِدِ لِمَوَالِي الْجَدِّ أَوْ لَا يَكُونُ. وَصُورَةُ الْوَصِيَّةِ لِلْقَرَابَةِ إِذَا أَوْصَى رَجُلٌ لَّذِي قَرَابَتُهُ لَا يَدْخُلُ الْوَالِدَانِ فِيهَا، وَهَلْ يَدْخُلُ الْجَدُّ أَوَّلَى عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ. وَذَكَرْنَا هَذِهِ الْمَسَائِلَ فِي شَرْحِ الْفَرَائِضِ السَّرَاجِيَّةِ وَشَرْحِ رِسَالَتِنَا.

قَالَ (وَارْتِدَادُ الصَّبِيِّ الَّذِي يَعْقِلُ ارْتِدَادَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، وَيُجْبَرُ عَلَى الْإِسْلَامِ وَلَا يُقْتَلُ، وَإِسْلَامُهُ إِسْلَامٌ لَا يَرِثُ آبَاؤُهُ إِنْ كَانَا كَافِرَيْنِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: ارْتِدَادُهُ لَيْسَ بِارْتِدَادٍ وَإِسْلَامُهُ إِسْلَامٌ) وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ: إِسْلَامُهُ لَيْسَ بِإِسْلَامٍ وَارْتِدَادُهُ لَيْسَ بِارْتِدَادٍ. لَهُمَا فِي الْإِسْلَامِ أَنَّهُ تَبَعَ لِأَبَوَيْهِ فِيهِ فَلَا يُجْعَلُ أَصْلًا. وَلَأَنَّهُ يَلْزَمُهُ أَحْكَامًا تَشَوُّبُهَا الْمَضَرَّةُ فَلَا يُؤْهِلُ لَهُ. وَلَنَا فِيهِ أَنْ عَلِيًّا ؑ أَسْلَمَ فِي صِبَاهُ، وَصَحَّحَ النَّبِيُّ ﷺ إِسْلَامَهُ، وَافْتِخَارُهُ بِذَلِكَ مَشْهُورٌ. وَلَأَنَّهُ أَتَى بِحَقِيقَةِ الْإِسْلَامِ وَهِيَ التَّصْدِيقُ وَالْإِقْرَارُ مَعَهُ؛ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ عَنْ طَوْعٍ دَلِيلٌ عَلَى الْإِعْتِقَادِ عَلَى مَا عُرِفَ وَالْحَقَائِقُ لَا تُرَدُّ، وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ سَعَادَةٌ أَبَدِيَّةٌ وَنَجَاةٌ عَقْبَاوِيَّةٌ، وَهِيَ مِنْ أَجْلِ الْمَنَافِعِ وَهُوَ الْحُكْمُ الْأَصْلِيُّ، ثُمَّ يُبْتَنَى عَلَيْهِ غَيْرُهَا فَلَا يُبَالِي بِشَوْبِهِ. وَلَهُمْ فِي الرَّدَّةِ أَنَّهَا مَضَرَّةٌ مُحْضَةٌ، بِخِلَافِ الْإِسْلَامِ عَلَى أَصْلِ أَبِي يُوسُفَ؛ لَأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ أَعْلَى الْمَنَافِعِ عَلَى مَا مَرَّ. وَلَأَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ فِيهَا أَنَّهَا مَوْجُودَةٌ حَقِيقَةٌ، وَلَا مَرَدٌّ لِلْحَقِيقَةِ كَمَا قُلْنَا فِي الْإِسْلَامِ، إِلَّا أَنَّهُ يُجْبَرُ عَلَى الْإِسْلَامِ لِمَا فِيهِ مِنَ النِّفْعِ لَهُ، وَلَا يُقْتَلُ؛ لَأَنَّهُ عُقُوبَةٌ، وَالْعُقُوبَاتُ مَوْضُوعَةٌ عَنِ الصَّبِيَّانِ مَرْحَمَةً عَلَيْهِمَا. وَهَذَا فِي الصَّبِيِّ الَّذِي يَعْقِلُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَارْتِدَادُ الصَّبِيِّ الَّذِي يَعْقِلُ ارْتِدَادَ) يَعْنِي يَجْرِي عَلَيْهِ أَحْكَامُهُ فَيَبْطُلُ نِكَاحُهُ وَيَحْرُمُ عَنِ الْمِيرَاثِ وَيُجْبَرُ عَلَى الْإِسْلَامِ وَلَا يُقْتَلُ وَإِنْ أَذْرَكَ كَافِرًا وَيُحْبَسُ، وَتَوْجِيهِ تَحْرِيرِ الْمَذَاهِبِ فِي الْكِتَابِ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لَهُمَا) أَيُّ لَزَفَرٍ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ (أَنَّهُ) أَيُّ الصَّبِيِّ الَّذِي يَعْقِلُ (تَبَعَ لِأَبَوَيْهِ فِيهِ) أَيُّ فِي الْإِسْلَامِ (فَلَا يُجْعَلُ أَصْلًا) يَعْنِي يَصِحُّ إِسْلَامُهُ

بِطَرِيقِ التَّبَعِيَّةِ لِلأَبَوَيْنِ فَلَا يَصِحُّ بِطَرِيقِ الْأَصَالَةِ، إِذُ التَّبَعِيَّةُ دَلِيلُ الْعَجْزِ وَالْأَصَالَةُ دَلِيلُ الْقُدْرَةِ، وَبَيْنَ الْقُدْرَةِ وَالْعَجْزِ تَنَافُ وَأَحَدُ الْمُتَنَافِيَيْنِ وَهُوَ الْإِسْلَامُ بِطَرِيقِ التَّبَعِيَّةِ مَوْجُودٌ بِالْإِجْمَاعِ فَيَتَنَفَّى الْآخَرُ ضَرُورَةً. وَقَوْلُهُ (وَلَاكُنَّ يَلْزَمُهُ) دَلِيلٌ آخَرُ وَهُوَ وَاضِحٌ (قَوْلُهُ) وَافْتِخَارُهُ بِذَلِكَ مَشْهُورٌ يُشِيرُ إِلَى مَا قَالَهُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: سَبَقْتُكُمْ إِلَى الْإِسْلَامِ طَرًّا غَلَامًا مَا بَلَغْتُ أَوَانَ حُلْمِي وَاخْتَلَفَتِ الرُّوَايَاتُ فِي سَنَةِ حِينَ أَسْلَمَ ﷺ وَحِينَ مَاتَ.

قَالَ جَعْفَرُ بْنُ مُحَمَّدٍ: أَسْلَمَ وَهُوَ ابْنُ خَمْسِ سِنِينَ وَمَاتَ وَهُوَ ابْنُ ثَمَانٍ وَخَمْسِينَ سَنَةً، لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ دَعَاهُ إِلَى الْإِسْلَامِ فِي أَوَّلِ مَبْعَثِهِ وَمُدَّةُ الْبَعْثِ ثَلَاثٌ وَعِشْرُونَ سَنَةً وَالْخِلَافَةُ بَعْدَهُ ثَلَاثُونَ أَتَتْهُ بِمَوْتِ عَلِيٍّ، فَإِذَا ضَمَمْتَ خَمْسًا إِلَى ثَلَاثٍ وَخَمْسِينَ صَارَ ثَمَانِيًا وَخَمْسِينَ. وَقَالَ الْقُتَيْبِيُّ: أَسْلَمَ وَهُوَ ابْنُ سَنَةٍ وَمَاتَ وَهُوَ ابْنُ سِتِّينَ (قَوْلُهُ وَلَاكُنَّ أَتَى بِحَقِيقَةِ الْإِسْلَامِ) دَلِيلٌ آخَرُ، وَهُوَ ظَاهِرٌ (قَوْلُهُ وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ سَعَادَةُ أَبَدِيَّةٌ) يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَعْطُوفًا عَلَى التَّصْدِيقِ: أَيُّ هُوَ التَّصْدِيقُ الْأَصْلِيُّ وَهُوَ مَا يَتَعَلَّقُ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ خَبَرٌ مُبْتَدَأٌ مَحْذُوفٌ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُبْتَدَأٌ وَخَبَرُهُ قَوْلُهُ هُوَ الْحُكْمُ الْأَصْلِيُّ عَلَى تَقْدِيرِ أَنْ يَكُونَ بَغِيرَ وَأَوْ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ قَوْلُهُ وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ مُبْتَدَأٌ، وَقَوْلُهُ سَعَادَةُ أَبَدِيَّةٌ خَبَرُهُ وَهُوَ الْأَوَّلَى، وَهُوَ جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَلَاكُنَّ يَلْزَمُهُ أَحْكَامًا تَشُوْبُهَا الْمَضَرَّةُ.

وَعُورِضَ بَأَنَّهُ لَوْ صَحَّ إِسْلَامُهُ بِنَفْسِهِ وَقَعَ فَرَضًا لَأَكُنَّ لَا نَفْلَ فِي الْإِيمَانِ وَمِنْ ضَرُورَةِ كَوْنِهِ فَرَضًا أَنْ يَكُونَ مُخَاطَبًا بِهِ وَهُوَ غَيْرُ مُخَاطَبٍ بِالْإِتِّفَاقِ، فَإِذَا لَمْ يُمْكِنْ تَصْحِيحُهُ فَرَضًا لَمْ يَصِحَّ، بِخِلَافِ سَائِرِ الْعِبَادَاتِ فَإِنَّهُ يَتَرَدَّدُ بَيْنَ الْفَرَضِ وَالنَّفْلِ. وَالْجَوَابُ أَنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّ مِنْ ضَرُورَةِ كَوْنِهِ فَرَضًا أَنْ يَكُونَ مُخَاطَبًا. فَإِنَّ الْمُسَافِرَ إِذَا حَضَرَ الْجُمُعَةَ وَصَلَّى وَقَعَ فَرَضًا وَلَيْسَ بِمُخَاطَبٍ بِهِ، وَمَنْ صَلَّى فِي أَوَّلِ الْوَقْتِ وَقَعَ فَرَضًا وَهُوَ لَيْسَ بِمُخَاطَبٍ بِهِ عِنْدَنَا فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ. وَالْجَوَابُ عَنْ قَوْلِهِمَا إِنَّهُ تَبَعَ لِأَبَوَيْهِ فِيهِ فَلَا يُجْعَلُ أَصْلًا أَنْ إِحْدَى الْجِهَتَيْنِ مُؤَيَّدَةٌ بِالْآخَرَى فَلَا يَكُونَانِ مُتَنَافِيَيْنِ، وَذَلِكَ كَالْجُنْدِيِّ إِذَا سَافَرَ مَعَ السُّلْطَانِ وَتَوَى السَّقَرُ فَهُوَ مُسَافِرٌ بِنَيَّْةٍ مَقْصُودَةٍ وَتَبَعًا لِلْسُّلْطَانِ أَيْضًا (قَوْلُهُ وَلَهُمْ) أَيُّ لِأَبِي يُوسُفَ وَزُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمُ اللَّهُ.

وَقَوْلُهُ (وَلِأَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ فِيهَا) أَيُّ فِي الرَّدَّةِ (أَنَّهَا مَوْجُودَةٌ

حَقِيقَةٌ وَلَا مَرَدٌّ لِلْحَقِيقَةِ كَمَا قُلْنَا فِي الْإِسْلَامِ) فَإِنَّ رَدَّ الرَّدَّةِ يَكُونُ بِالْعَفْوِ عَنْهَا وَذَلِكَ قَبِيحٌ، كَمَا أَنَّ رَدَّ الْإِسْلَامِ إِنَّمَا يَكُونُ بِالْحَجْرِ عَنْهُ وَهُوَ كَذَلِكَ. وَاعْتَرِضَ بِأَنَّ هَذَا اعْتِبَارُ مَا هُوَ مَضَرَّةٌ مَحْضَةٌ بِمَا هُوَ مَنْفَعَةٌ مَحْضَةٌ وَذَلِكَ جَمْعٌ بَيْنَ الشَّيْئَيْنِ بِالْقِيَاسِ، وَفَرَّقَ الشَّارِعُ بَيْنَهُمَا، وَمِثْلُهُ فَاسِدٌ فِي الْوَضْعِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي الْأَصُولِ. وَالْجَوَابُ أَنَّ هَذَا قِيَاسٌ مِنْ بُجُودِ شَيْءٍ وَتَحَقُّقِهِ بِوُجُودِ شَيْءٍ آخَرَ وَتَحَقُّقِهِ فِي عَدَمِ جَوَازِ الرَّدِّ، وَلَا يُسَلَّمُ أَنَّ الشَّارِعَ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا. وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنَّهُ يُجْبَرُ عَلَى الْإِسْلَامِ) هَذَا جَوَابُ الْإِسْتِحْسَانِ وَفِي الْقِيَاسِ يُقْتَلُ لِرَدِّهِ بَعْدَ إِسْلَامِهِ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ عُقُوبَةٌ وَالْعُقُوبَاتُ مَوْضُوعَةٌ عَنِ الصَّبِيَّانِ مَرْحَمَةٌ عَلَيْهِمَا)

قَالَ فِي النِّهَايَةِ: فِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ أَسْقَطَ عُقُوبَةَ الْقَتْلِ عَنِ الصَّبِيِّ الْمُرْتَدِّ مَرْحَمَةً لَصِبَاهُ، وَاللَّهُ تَعَالَى أَرْحَمُ الرَّاحِمِينَ وَهُوَ لَمْ يَرْحَمْ عَلَيْهِ حَتَّى عَاقَبَهُ فِي النَّارِ مُخْلِدًا كَسَائِرِ الْكُفَّارِ، وَذَلِكَ مَنْصُوصٌ عَلَيْهِ فِي الْأَسْرَارِ وَالْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِلْإِمَامِ الثُّمَرْتَاشِيِّ وَمُشَارٌ إِلَيْهِ فِي الْمَبْسُوطِ. ثُمَّ قَالَ: وَأَوَّلُ مَا يُعْلَلُ بِهِ فِي عَدَمِ قَتْلِ الصَّبِيِّ الْمُرْتَدِّ مَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ تَعْلِيلِ الْمَبْسُوطِ وَهُوَ قَوْلُهُ وَإِنَّمَا لَا يُقْتَلُ لِقِيَامِ الشُّبْهَةِ بِسَبَبِ اخْتِلَافِ الْعُلَمَاءِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ فِي صِحَّةِ إِسْلَامِهِ فِي الصَّغَرِ، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

باب البغاة

وَمَنْ لَا يَعْقِلُ مِنَ الصَّبِيَّانِ لَا يَصِيحُ ارْتِدَادُهُ؛ لِأَنَّهُ إِهْرَارُهُ لَا يَدُلُّ عَلَى تَغْيِيرِ الْعَقِيدَةِ، وَكَذَا الْمَجْنُونُ وَالسَّكَرَانُ الَّذِي لَا يَعْقِلُ.

الشرح:

(بَابُ الْبَغَاةِ): أَخَّرَ هَذَا الْبَابَ عَنْ بَابِ الْمُرْتَدِّ لِقِلَّةِ وُجُودِهِ، وَالْبَغَاةُ جَمْعُ بَاغٍ كَالْقَضَاةِ جَمْعُ قَاضٍ،

(وَإِذَا تَغَلَّبَ قَوْمٌ مِنَ الْمُسْلِمِينَ عَلَى بَلَدٍ وَخَرَجُوا مِنْ طَاعَةِ الْإِمَامِ دَعَاهُمْ إِلَى الْعُودِ إِلَى الْجَمَاعَةِ وَكَشَفَ عَنْ شُبْهَتِهِمْ)؛ لِأَنَّ عَلِيًّا فَعَلَ كَذَلِكَ بِأَهْلِ حُرُورَاءَ قَبْلَ قِتَالِهِمْ، وَلَأَنَّهُ أَهْوَنُ الْأَمْرَيْنِ. وَلَعَلَّ الشَّرَّ يَنْدَفِعُ بِهِ فَيُبْدَأُ بِهِ.

الشرح:

وَإِذَا تَغَلَّبَ قَوْمٌ مِنَ الْمُسْلِمِينَ عَلَى بَلَدٍ وَخَرَجُوا مِنْ طَاعَةِ الْإِمَامِ دَعَاهُمْ إِلَى

الْعَوْدِ إِلَى الْجَمَاعَةِ وَكَشَفَ عَنْ شُبْهَتِهِمْ) وَذَلِكَ بِطَرِيقِ الاسْتِحْبَابِ، فَإِنَّ أَهْلَ الْعَدْلِ لَوْ قَاتَلُوا مِنْ غَيْرِ دَعْوَةٍ إِلَى الْعَوْدِ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِمْ شَيْءٌ لَأَنَّهُمْ عَلِمُوا مَا يُقَاتِلُونَ عَلَيْهِ. فَحَالُهُمْ فِي ذَلِكَ كَحَالِ الْمُتَرَدِّينَ وَأَهْلِ الْحَرْبِ الَّذِينَ بَلَغَتْهُمْ الدَّعْوَةُ (لَأَنَّ عَلِيًّا ﷺ فَعَلَ ذَلِكَ بِأَهْلِ حُرُورَاءَ) بِالْحَاءِ الْمُهْمَلَةِ مَمْدُودًا وَمَقْصُورًا: قَرِيَةً بِالْكُوفَةِ كَانَ بِهَا أَوَّلُ تَحْكِيمِ الْخَوَارِجِ وَاجْتِمَاعُهُمْ بِسَبَبِ تَحْكِيمِ عَلِيٍّ أَبَا مُوسَى الْأَشْعَرِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ مُعَاوِيَةَ قَاتِلَيْنِ إِنَّ الْقِتَالَ وَاجِبٌ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَقَاتِلُوا آلَ ابْنِ مَرْثَدَةَ﴾ [الحجرات: ٩] الْآيَةِ. وَعَلَى تَرْكِ الْقِتَالِ بِالتَّحْكِيمِ وَهُوَ كُفْرٌ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾ [المائدة: ٤٤] وَذَلِكَ أَنَّهُ ﷺ أَنفَذَ ابْنَ عَبَّاسٍ لِيَكْشِفَ شُبْهَتَهُمْ وَيَدْعُوَهُمْ إِلَى الْعَوْدِ، فَلَمَّا ذَكَرُوا شُبْهَتَهُمْ قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا هَذِهِ الْحَادِثَةُ لَيْسَتْ بِأَدْنَى مِنْ بَيِّضِ حَمَامٍ، وَفِيهِ التَّحْكِيمُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿تَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [المائدة: ٩٥] فَكَانَ تَحْكِيمُ عَلِيٍّ ﷺ مُوَافِقًا لِلنَّصِّ فَالْزَمَهُمُ الْحُجَّةَ، فَتَابَ الْبَعْضُ وَأَصَرَ الْبَعْضُ، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ.

(وَلَا يَبْدَأُ بِقِتَالٍ حَتَّى يَبْدَعُوهُ، فَإِنْ بَدَعُوهُ قَاتَلَهُمْ حَتَّى يُضَرَّقَ جَمْعُهُمْ) قَالَ الْعَبْدُ الضَّعِيفُ: هَكَذَا ذِكْرُهُ الْقُدُورِيُّ فِي مُخْتَصَرِهِ. وَذَكَرَ الْإِمَامُ الْمَعْرُوفُ بِخَوَاهِرِ زَادَهُ أَنْ عِنْدَنَا يَجُوزُ أَنْ يَبْدَأَ بِقِتَالِهِمْ إِذَا تَعَسَّكَرُوا وَاجْتَمَعُوا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَجُوزُ حَتَّى يَبْدَعُوا بِالْقِتَالِ حَقِيقَةً؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ قِتَالُ الْمُسْلِمِ إِلَّا دَفْعًا وَهُمْ مُسْلِمُونَ، بِخِلَافِ الْكَافِرِ؛ لِأَنَّ نَفْسَ الْكُفْرِ مُبِيحٌ عِنْدَهُ. وَلَنَا أَنَّ الْحُكْمَ يُدَارُ عَلَى الدَّلِيلِ وَهُوَ الْاجْتِمَاعُ وَالْامْتِنَاعُ، وَهَذَا؛ لِأَنَّهُ لَوْ ائْتَنَظَرَ الْإِمَامُ حَقِيقَةَ قِتَالِهِمْ رَبِّمَا لَا يُمْكِنُهُ الدَّفْعُ فَيُدَارُ عَلَى الدَّلِيلِ ضَرُورَةً دَفَعَ شَرَّهُمْ، وَإِذَا بَلَغَهُ أَنَّهُمْ يَشْتَرُونَ السَّلَاحَ وَيَتَأَهَّبُونَ لِلْقِتَالِ يَنْبَغِي أَنْ يَأْخُذَهُمْ وَيَحْبِسَهُمْ حَتَّى يَقْلَعُوا عَنْ ذَلِكَ وَيُحْدِثُوا تَوْبَةً دَفْعًا لِلشَّرِّ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ. وَالْمَرْوِيُّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ مِنْ لُزُومِ الْبَيْتِ مَحْمُولٍ عَلَى حَالِ عَدَمِ الْإِمَامِ، أَمَّا إِعَانَةُ الْإِمَامِ الْحَقِّ فَمِنْ الْوَاجِبِ عِنْدَ الْغَنَاءِ وَالْقُدْرَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالْمَرْوِيُّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ مِنْ لُزُومِ الْبَيْتِ) يُرِيدُ بِهِ مَا رَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْفِتْنَةَ إِذَا وَقَعَتْ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ فَالْوَجِبُ عَلَى كُلِّ مُسْلِمٍ أَنْ

يَعْتَزِلُ الْفِتْنَةَ وَيَقْعُدُ فِي بَيْتِهِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ فَرَّ مِنَ الْفِتْنَةِ أَعْتَقَ اللَّهُ رَقَبَتَهُ مِنَ النَّارِ» (مَحْمُولٌ عَلَى حَالِ عَدَمِ الْإِمَامِ) أَمَّا إِذَا كَانَ الْمُسْلِمُونَ مُجْتَمِعِينَ عَلَى إِمَامٍ وَكَانُوا آمِنِينَ بِهِ وَالسُّبُلُ آمِنَةً فَخَرَجَ عَلَيْهِ طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ فَحِثِّدْ يَجِبُ عَلَى كُلِّ مَنْ يَقْوَى عَلَى الْقِتَالِ أَنْ يُقَاتِلَهُمْ نَصْرًا لِإِمَامِ الْمُسْلِمِينَ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَقَاتِلُوا آلَ لُحْيَانَ﴾ [الحجرات: ٩] فَإِنَّ الْأَمْرَ لِلْوُجُوبِ.

(فَإِنْ كَانَتْ لَهُمْ فِتْنَةٌ أَجْهَزَ عَلَى جَرِيحِهِمْ وَاتَّبَعَ مُوَلِّيهِمْ) دَفْعًا لَشَرِّهِمْ كَيْ لَا يَلْحَقُوا بِهِمْ (وَأِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ فِتْنَةٌ لَمْ يُجْهَزْ عَلَى جَرِيحِهِمْ وَلَمْ يُتَّبَعْ مُوَلِّيهِمْ) لِانْدِفَاعِ الشَّرِّ دُونَهُ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَجُوزُ ذَلِكَ فِي الْحَالَيْنِ؛ لِأَنَّ الْقِتَالَ إِذَا تَرَكُوهُ لَمْ يَبْقَ قَتْلُهُمْ دَفْعًا. وَجَوَابُهُ مَا ذَكَرْنَاهُ أَنَّ الْمُعْتَبَرَ دَلِيلُهُ لَا حَقِيقَتُهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (أَجْهَزَ وَاتَّبَعَ) عَلَى بِنَاءِ الْمَفْعُولِ، وَيُقَالُ أَجْهَزْتَ عَلَى الْجَرِيحِ إِذَا أَسْرَعْتَ قَتْلَهُ وَكَمَّمْتَ عَلَيْهِ

(وَلَا يُسَبَى لَهُمْ دُرِيَّةٌ وَلَا يُقَسَّمُ لَهُمْ مَالٌ) لِقَوْلِ عَلِيٍّ يَوْمَ الْجَمَلِ: وَلَا يُقْتَلُ أَسِيرٌ وَلَا يُكْشَفُ سِتْرٌ وَلَا يُؤْخَذُ مَالٌ، وَهُوَ الْقُدُوءُ فِي هَذَا الْبَابِ. وَقَوْلُهُ فِي الْأَسِيرِ تَأْوِيلُهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُمْ فِتْنَةٌ، فَإِنْ كَانَتْ يَقْتُلُ الْإِمَامُ الْأَسِيرَ، وَإِنْ شَاءَ حَبَسَهُ لِمَا ذَكَرْنَا، وَلَا تُهْمُ مُسْلِمُونَ وَالْإِسْلَامُ يَعَصِمُ النَّفْسَ وَالْمَالَ

الشرح:

(قَوْلُهُ وَلَا يُقْتَلُ أَسِيرٌ) هُوَ مَقُولُ عَلِيٍّ ؑ (وَلَا يُكْشَفُ سِتْرٌ) أَيِ لَا تُسَبَى نِسَاؤُهُمْ، أَلَا تَرَى أَنَّ أَصْحَابَ عَلِيٍّ ؑ سَأَلُوهُ قِسْمَةَ ذَلِكَ فَقَالَ: فَإِذَا قُسِمَتْ فَلِمَنْ تَكُونُ عَائِشَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا. وَالْقُدُوءُ اسْمٌ لِلْاِقْتِدَاءِ كَالْأُسُوءَةِ اسْمٌ لِلْاِتِّسَاءِ، يُقَالُ فُلَانٌ قُدُوءٌ: أَيِ يُقْتَدَى بِهِ (قَوْلُهُ لِمَا ذَكَرْنَا) إِشَارَةٌ، إِلَى قَوْلِهِ وَيَخْبِسُهُمْ إِلَى قَوْلِهِ دَفْعًا لِلشَّرِّ (قَوْلُهُ وَلَا تُهْمُ مُسْلِمُونَ) مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ لِقَوْلِ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يُقَاتِلُوا بِسِلَاحِهِمْ إِنْ احتَاجَ الْمُسْلِمُونَ إِلَيْهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَجُوزُ، وَالْكَرَاعُ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ. لَهُ أَنَّهُ مَالٌ مُسْلِمٌ فَلَا يَجُوزُ الْاِتِّفَاعُ بِهِ إِلَّا بِرِضَاهُ. وَلَنَا أَنَّ عَلِيًّا قَسَمَ السِّلَاحَ فِيمَا بَيْنَ أَصْحَابِهِ بِالْبَصَرَةِ وَكَانَتْ قِسْمَتُهُ لِلْحَاجَةِ لَا لِلتَّمْلِكِ، وَلَئِنْ

لِلإِمَامِ أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ فِي مَالِ الْعَادِلِ عِنْدَ الْحَاجَةِ، فَفِي مَالِ الْبَاغِي أَوْلَى وَالْمَعْنَى فِيهِ
إِلْحَاقُ الضَّرْرِ الْأَدْنَى لِدَفْعِ الْأَعْلَى.

(وَيَحْبِسُ الْإِمَامُ أَمْوَالَهُمْ فَلَا يَرُدُّهَا عَلَيْهِمْ وَلَا يَقْسِمُهَا حَتَّى يَتُوبُوا فَيَرُدُّهَا عَلَيْهِمْ)
أَمَّا عَدَمُ الْقِسْمَةِ فَلَمَّا بَيَّنَّاهُ. وَأَمَّا الْحَبْسُ فَلِدَفْعِ شَرِّهِمْ بِكَسْرِ شَوْكَتِهِمْ وَلِهَذَا يَحْبِسُهَا
عَنْهُمْ، وَإِنْ كَانَ لَا يَحْتَاجُ إِلَيْهَا، إِلَّا أَنَّهُ يَبِيعُ الْكَرَاعَ؛ لِأَنَّ حَبْسَ الثَّمَنِ أَنْظَرُ وَأَيْسَرُ، وَأَمَّا
الرَّدُّ بَعْدَ التَّوْبَةِ فَلَانْدِفَاعِ الضَّرُورَةِ وَلَا اسْتِغْنَامٍ فِيهَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (أَمَّا عَدَمُ الْقِسْمَةِ فَلَمَّا بَيَّنَّاهُ) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِ عَلِيٍّ: وَلَا يُؤْخَذُ مَالٌ، وَقَوْلُهُ
لَأَنَّهُمْ مُسْلِمُونَ.

قَالَ: (وَمَا جَبَاهُ أَهْلُ الْبَغْيِ مِنَ الْبِلَادِ الَّتِي غَلِبُوا عَلَيْهَا مِنَ الْخَرَاجِ وَالْعُشْرِ لَمْ يَأْخُذْهُ
الْإِمَامُ ثَانِيًا)؛ لِأَنَّ وِلَايَةَ الْأَخِذِ لَهُ بِاعْتِبَارِ الْحِمَايَةِ وَلَمْ يَحْمِيهِمْ (فَإِنْ كَانُوا صَرَفُوهُ فِي
حَقِّهِ أَجْزَاءً مِمَّنْ أَخَذَ مِنْهُ) لَوْصُولِ الْحَقِّ إِلَى مُسْتَحِقِّهِ (وَإِنْ لَمْ يَكُونُوا صَرَفُوهُ فِي حَقِّهِ
فَعَلَى أَهْلِهِ فِيمَا بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى أَنْ يُعِيدُوا ذَلِكَ)؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَصِلْ إِلَى مُسْتَحِقِّهِ. قَالَ
الْعَبْدُ الضَّعِيفُ: قَالُوا الْإِعَادَةُ عَلَيْهِمْ فِي الْخَرَاجِ؛ لِأَنَّهُمْ مُقَاتِلَةٌ فَكَانُوا مَصَارِفَ، وَإِنْ كَانُوا
أَغْنِيَاءَ، وَفِي الْعُشْرِ إِنْ كَانُوا فَقَرَاءَ، فَكَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ حَقُّ الْفُقَرَاءِ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي الزُّكَاةِ. وَفِي
الْمُسْتَقْبَلِ يَأْخُذُهُ الْإِمَامُ؛ لِأَنَّهُ يَحْمِيهِمْ فِيهِ؛ لظُهُورِ وِلَايَتِهِ.

(وَمَنْ قَتَلَ رَجُلًا وَهُمَا مِنْ عَسْكَرِ أَهْلِ الْبَغْيِ ثُمَّ ظَهَرَ عَلَيْهِمْ فَلَيْسَ عَلَيْهِمْ شَيْءٌ)؛
لَأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لِلْإِمَامِ الْعَدْلِ حِينَ الْقَتْلِ فَلَمْ يَنْعَقِدْ مُوجِبًا كَالْقَتْلِ فِي دَارِ الْحَرْبِ.
(وَإِنْ غَلِبُوا عَلَى مِصْرٍ فَقَتَلَ رَجُلٌ مِنْ أَهْلِ الْمِصْرِ رَجُلًا مِنْ أَهْلِ الْمِصْرِ عَمْدًا ثُمَّ
ظَهَرَ عَلَى الْمِصْرِ فَإِنَّهُ يُقْتَصُّ مِنْهُ) وَتَأْوِيلُهُ إِذَا لَمْ يَجْرَ عَلَى أَهْلِهِ أَحْكَامُهُمْ وَأَزْعَجُوا قَبْلَ
ذَلِكَ، وَفِي ذَلِكَ لَمْ تَنْقَطِعْ وِلَايَةُ الْإِمَامِ فَيَحِبُّ الْقِصَاصُ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَأَزْعَجُوا) يَعْنِي أُقْلِعَ أَهْلُ الْبَغْيِ مِنَ الْمِصْرِ (قَبْلَ ذَلِكَ) أَيُّ قَبْلَ إِجْرَاءِ
أَحْكَامِهِمْ عَلَى أَهْلِهِ.

(وَإِذَا قَتَلَ رَجُلٌ مِنْ أَهْلِ الْعَدْلِ بَاغِيًا فَإِنَّهُ يَرِثُهُ، فَإِنْ قَتَلَهُ الْبَاغِي وَقَالَ قَدْ كُنْتُ

عَلَى حَقٍّ وَأَنَا الآنَ عَلَى حَقٍّ وَرِثَتُهُ، وَإِنْ قَالَ قَتَلْتَهُ وَأَنَا أَعْلَمُ أَنِّي عَلَى الْبَاطِلِ لَمْ يَرِثْهُ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا يَرِثُ الْبَاغِي فِي الْوَجْهَيْنِ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ. وَأَصْلُهُ أَنَّ الْعَادِلَ إِذَا أَتْلَفَ نَفْسَ الْبَاغِي أَوْ مَالَهُ لَا يَضْمَنُ وَلَا يَأْتِمُ؛ لِأَنَّهُ مَأْمُورٌ بِقَتْلِهِمْ دَفْعًا لَشَرِّهِمْ، وَالْبَاغِي إِذَا قَتَلَ الْعَادِلَ لَا يَجِبُ الضَّمَانُ عِنْدَنَا وَيَأْتِمُ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الْقَدِيمِ: إِنَّهُ يَجِبُ، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافُ إِذَا تَابَ الْمُرْتَدُّ، وَقَدْ أَتْلَفَ نَفْسًا أَوْ مَالًا. لَهُ أَنَّهُ أَتْلَفَ مَالًا مَعْصُومًا أَوْ قَتَلَ نَفْسًا مَعْصُومَةً فَيَجِبُ الضَّمَانُ اعْتِبَارًا بِمَا قَبْلَ الْمَنْعَةِ. وَلَنَا إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ، رَوَاهُ الزُّهْرِيُّ. وَلَأَنَّهُ أَتْلَفَ عَنْ تَأْوِيلٍ فَاسِدٍ، وَالْفَاسِدُ مِنْهُ مُلْحَقٌ بِالصَّحِيحِ إِذَا ضَمَّتْ إِلَيْهِ الْمَنْعَةُ فِي حَقِّ الدَّفْعِ كَمَا فِي مَنْعَةِ أَهْلِ الْحَرْبِ وَتَأْوِيلِهِمْ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الْأَحْكَامَ لَا بُدَّ فِيهَا مِنَ الْإِلْزَامِ أَوِ الْإِلْتِزَامِ، وَلَا التَّزَامَ لَا عِتْقَادَ الْإِبَاحَةِ عَنْ تَأْوِيلٍ، وَلَا الْإِلْزَامَ لِعَدَمِ الْوِلَايَةِ لَوْجُودِ الْمَنْعَةِ، وَالْوِلَايَةُ بَاقِيَةٌ قَبْلَ الْمَنْعَةِ وَعِنْدَ عَدَمِ التَّأْوِيلِ ثَبَتَ الْإِلْتِزَامُ اعْتِقَادًا، بِخِلَافِ الْإِثْمِ؛ لِأَنَّهُ لَا مَنْعَةَ فِي حَقِّ الشَّارِعِ، إِذَا ثَبَتَ هَذَا فَتَقُولُ: قَتَلَ الْعَادِلُ الْبَاغِيَّ قَتْلًا بِحَقٍّ فَلَا يَمْنَعُ الْإِرْثُ. وَلَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي قَتْلِ الْبَاغِي الْعَادِلِ أَنَّ التَّأْوِيلَ الْفَاسِدَ إِنَّمَا يُعْتَبَرُ فِي حَقِّ الدَّفْعِ وَالْحَاجَةِ هَاهُنَا إِلَى اسْتِحْقَاقِ الْإِرْثِ فَلَا يَكُونُ التَّأْوِيلُ مُعْتَبَرًا فِي حَقِّ الْإِرْثِ. وَلَهُمَا فِيهِ أَنَّ الْحَاجَةَ إِلَى دَفْعِ الْحِرْمَانِ أَيْضًا، إِذِ الْقَرَابَةُ سَبَبُ الْإِرْثِ فَيُعْتَبَرُ الْفَاسِدُ فِيهِ، إِلَّا أَنَّ مِنْ شَرْطِهِ بَقَاءُهُ عَلَى دِيَانَتِهِ، فَإِذَا قَالَ: كُنْتُ عَلَى الْبَاطِلِ لَمْ يُوجَدِ الدَّفْعُ فَوَجَبَ الضَّمَانُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فِي الْوَجْهَيْنِ) أَيُّ فِي الْوَجْهِ الَّذِي قَالَ أَنَا عَلَى الْحَقِّ وَفِي الْوَجْهِ الَّذِي قَالَ أَنَا عَلَى الْبَاطِلِ وَقَوْلُهُ (رَوَاهُ الزُّهْرِيُّ) قَالَ الزُّهْرِيُّ: وَقَعَتِ الْفِتْنَةُ وَأَصْحَابُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ كَانُوا مُتَوَافِرِينَ، فَاتَّقَمُوا عَلَى أَنَّ كُلَّ دَمٍ أَرِيقَ تَأْوِيلِ الْقُرْآنِ فَهُوَ مَوْضُوعٌ، وَكُلُّ فَرْجٍ أُسْحِلَ تَأْوِيلِ الْقُرْآنِ فَهُوَ مَوْضُوعٌ، وَكُلُّ مَالٍ أُتْلِفَ تَأْوِيلِ الْقُرْآنِ فَهُوَ مَوْضُوعٌ. قَوْلُهُ (وَلَا التَّزَامَ لَا عِتْقَادَ الْإِبَاحَةِ) يَعْنِي أَنَّ الْبَاغِيَّ اعْتَقَدَ إِبَاحَةَ أَمْوَالِ الْعَادِلِ بِأَنَّ الْعَادِلَ عَصَى اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَلَمْ يَعْمَلْ بِمُوجِبِ الْكِتَابِ. وَقَوْلُهُ (وَلَهُمَا فِيهِ) أَيُّ لِأَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا فِي قَتْلِ الْبَاغِي الْعَادِلِ. وَقَوْلُهُ (فَيُعْتَبَرُ الْفَاسِدُ) أَيُّ يُعْتَبَرُ التَّأْوِيلُ الْفَاسِدُ فِي دَفْعِ الْحِرْمَانِ. وَقَوْلُهُ (لَمْ يُوجَدِ الدَّفْعُ) أَيُّ التَّأْوِيلُ الدَّفْعُ لِلضَّمَانِ.

قَالَ (وَيُكْرَهُ بَيْعُ السِّلَاحِ مِنْ أَهْلِ الْفِتْنَةِ وَفِي عَسَاكِرِهِمْ)؛ لِأَنَّهُ إِعَانَةٌ عَلَى الْمَعْصِيَةِ (وَلَيْسَ بِبَيْعِهِ بِالْكُوفَةِ مِنْ أَهْلِ الْكُوفَةِ وَمَنْ لَمْ يَعْرِفْهُ مِنْ أَهْلِ الْفِتْنَةِ بَأْسٌ)؛ لِأَنَّهُ الْغَلْبَةُ فِي الْأَمْصَارِ لِأَهْلِ الصِّلَاحِ، وَإِنَّمَا يُكْرَهُ بَيْعُ نَفْسِ السِّلَاحِ لَا بَيْعُ مَا لَا يُقَاتَلُ بِهِ إِلَّا بِصَنْعَةٍ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ يُكْرَهُ بَيْعُ الْمَعَارِفِ وَلَا يُكْرَهُ بَيْعُ الْخَشَبِ، وَعَلَى هَذَا الْخَمْرُ مَعَ الْعَنْبِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَيْسَ بِبَيْعِهِ بِالْكُوفَةِ) تَقْيِيدُهُ بِالْكُوفَةِ بِاعْتِبَارِ أَنَّ الْبُعَاةَ خَرَجُوا فِيهَا أَوَّلًا وَإِلَّا فَالْحُكْمُ فِي غَيْرِهَا كَذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (إِلَّا بِالصَّنْعَةِ) بِهِ يُرِيدُ الْحَدِيدَ، لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَصِيرُ سِلَاحًا بِفِعْلٍ غَيْرِهِ فَلَا يُنْسَبُ إِلَيْهِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ يُكْرَهُ بَيْعُ الْمَعَارِفِ (قِيلَ جَمْعُ مِعْزَفٍ ضَرْبٌ مِنَ الطَّنَابِيرِ يَتَّخِذُهُ أَهْلُ الْيَمِينِ) (وَلَا يُكْرَهُ بَيْعُ الْخَشَبِ) لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَصِيرُ مِعْزَفًا بِفِعْلٍ غَيْرِهِ. قَوْلُهُ (وَعَلَى هَذَا يَبْعُ الْخَمْرُ مَعَ الْعَنْبِ) أَيُّ لَا يَجُوزُ بَيْعُ الْخَمْرِ وَيَجُوزُ بَيْعُ الْعَنْبِ، وَالْفَرْقُ لِأَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله بَيْنَ كَرَاهَةِ بَيْعِ السِّلَاحِ مِنْ أَهْلِ الْفِتْنَةِ وَعَدَمِ كَرَاهَةِ بَيْعِ الْعَصِيرِ مِمَّنْ يَتَّخِذُهُ خَمْرًا سَيَّاتِي فِي بَابِ الْكَرَاهَةِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ، وَإِلَيْهِ الْمَرْجِعُ وَالْمَأْبُ.

كِتَابُ اللَّقِيطِ

اللَّقِيطُ سُمِّيَ بِهِ بِاعْتِبَارِ مَا لَهُ لَمَّا أَنَّهُ يُلْقَطُ. وَالْإِلْتِقَاطُ مَنْدُوبٌ إِلَيْهِ لَمَّا فِيهِ مِنْ أَحْيَائِهِ، وَإِنْ غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ ضِيَاعُهُ فَوَاجِبٌ. قَالَ (اللَّقِيطُ حُرٌّ)؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي بَنِي آدَمَ إِنَّمَا هُوَ الْحُرِّيَّةُ، وَكَذَا الدَّارُ دَارُ الْأَحْرَارِ؛ وَلِأَنَّ الْحُكْمَ لِلْغَالِبِ

الشرح:

(كِتَابُ اللَّقِيطِ): لَمَّا كَانَ فِي الْإِلْتِقَاطِ دَفْعُ الْهَلَاقِ عَنْ نَفْسِ الْمُتَقِطِ ذَكَرَهُ عَقِيبَ الْجِهَادِ الَّذِي فِيهِ دَفْعُ الْهَلَاقِ عَنْ نَفْسِ عَامَّةِ الْمُسْلِمِينَ وَاللَّقِيطُ: اسْمٌ لَشَيْءٍ مَبْنُودٍ فَعِيلٌ بِمَعْنَى مَفْعُولٍ كَالْجَرِيحِ وَفِي الشَّرِيعَةِ اسْمٌ لِحَيٍّ مَوْلُودٍ طَرَحَهُ أَهْلُهُ خَوْفًا مِنَ الْعِيْلَةِ أَوْ فِرَارًا مِنْ تَهْمَةِ الزُّنَا، مُضِيعُهُ آتَمٌ وَمُحْرَزُهُ غَانِمٌ لِأَنَّ فِيهِ الْإِحْيَاءَ، وَقَدْ قَالَ تَعَالَى: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾ [المائدة: ٣٢] فَإِذَا كَانَ بِمَعْنَى الْمَفْعُولِ كَانَ تَسْمِيَةُ الشَّيْءِ بِاسْمِ مَا يُقُولُ إِلَيْهِ لَمَّا أَنَّهُ يُلْتَقَطُ وَهُوَ حُرٌّ أَيْ فِي جَمِيعِ أَحْكَامِهِ حَتَّى أَنْ قَادَفَهُ يُحَدُّ وَقَادَفَ أُمُّهُ لَا يُحَدُّ، كَذَا فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ. وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي بَنِي آدَمَ الْحُرِّيَّةُ) لِأَنَّهُمْ مِنْ آدَمَ وَحَوَاءَ وَهُمَا حُرَّانِ. وَالرَّقُّ إِنَّمَا هُوَ لِعَارِضِ الْكُفْرِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ، وَالْأَصْلُ عَدَمُ الْعَارِضِ، وَلِأَنَّ الْحُكْمَ لِلْغَالِبِ وَالْغَالِبُ فِيمَنْ يَسْكُنُ بِلَادَ الْإِسْلَامِ الْحُرِّيَّةُ.

(وَنَفَقَتُهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ) هُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ عُمَرَ وَعَلِيٍّ، وَلِأَنَّهُ مُسْلِمٌ عَاجِزٌ عَنِ التَّكْسِبِ، وَلَا مَالَ لَهُ وَلَا قَرَابَةَ فَاشْبَهَ الْمُقْعَدَ الَّذِي لَا مَالَ لَهُ وَلَا قَرَابَةَ؛ وَلِأَنَّ مِيرَاثَهُ لِبَيْتِ الْمَالِ، وَالْخَرَاجُ بِالضَّمَّانِ وَلِهَذَا كَانَتْ جَنَائِثُهُ فِيهِ. وَالْمُلْتَقِطُ مُتَبَرِّعٌ فِي الْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ؛ لِعَدَمِ الْوِلَايَةِ إِلَّا أَنْ يَأْمُرَهُ الْقَاضِي بِهِ لِيَكُونَ دَيْنًا عَلَيْهِ لِعُمُومِ الْوِلَايَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (هُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ عُمَرَ وَعَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا) رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ ؓ أَنَّهُ قَالَ: اللَّقِيطُ حُرٌّ وَعَقْلُهُ وَوَلَاؤُهُ لِلْمُسْلِمِينَ. وَعَنْ عُمَرَ ؓ مِثْلُهُ. وَقَوْلُهُ (وَالْخَرَاجُ بِالضَّمَّانِ) أَيْ لَهُ غَنَمُهُ وَعَلَيْهِ غَرْمُهُ، كَغَلَةِ الْعَبْدِ الْمَعِيبِ لِلْمُشْتَرِي قَبْلَ الرَّدِّ لِأَنَّهُ قَبْلَ الرَّدِّ فِي ضَمَّانِهِ، يُقَالُ خَرَاجُ غُلَامِهِ: إِذَا اتَّفَقَا عَلَى ضَرِيَّةٍ يُؤَدِّيَهَا عَلَيْهِ فِي وَقْتٍ مَعْلُومٍ. وَقَوْلُهُ (فِيهِ) أَيْ فِي بَيْتِ الْمَالِ، وَيُقَالُ بَرَعَ الرَّجُلُ وَبَرَعَ بِالْفَنْحِ وَالضَّمُّ: إِذَا فَضَّلَ عَلَى أَقْرَانِهِ، وَمِنْهُ يُقَالُ لِلْمُتَفَضِّلِ الْمُتَبَرِّعُ. وَقَوْلُهُ (إِلَّا أَنْ يَأْمُرَهُ الْقَاضِي لِيَكُونَ دَيْنًا عَلَيْهِ لِعُمُومِ

الولاية) فِي قَوْلِهِ لِيَكُونَ دَيْنًا عَلَيْهِ إِشَارَةً إِلَى أَنَّهُ إِنَّمَا يَصِيرُ دَيْنًا إِذَا قَالَ ذَلِكَ، وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ: مُجَرَّدُ أَمْرِ الْقَاضِي بِالْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ يَكْفِي، وَلَا يُشْتَرَطُ أَنْ يَقُولَ عَلَى أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ دَيْنًا عَلَيْهِ، لِأَنَّ أَمْرَ الْقَاضِي نَافِذٌ عَلَيْهِ كَأَمْرِهِ بِنَفْسِهِ أَنْ لَوْ كَانَ مِنْ أَهْلِهِ، وَلَوْ كَانَ مِنْ أَهْلِهِ وَأَمْرٌ غَيْرُهُ بِالْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ كَانَ مَا يُنْفَقُ دَيْنًا عَلَيْهِ، فَكَذَا إِذَا أَمَرَهُ الْقَاضِي. وَالْأَصَحُّ أَنْ لَا يَرْجِعَ مَا لَمْ يَقُلْ الْقَاضِي ذَلِكَ لِأَنَّ مُطْلَقَهُ مُحْتَمَلٌ قَدْ يَكُونُ لِلْحَثِّ وَالتَّرْغِيبِ فِي إِتِمَامِ مَا شَرَعَ فِيهِ مِنَ التَّبَرُّعِ، وَإِنَّمَا يَزُولُ هَذَا الْاِحْتِمَالُ إِذَا شَرِطَ أَنْ يَكُونَ دَيْنًا عَلَيْهِ.

قَالَ (فَإِنْ التَّقَطُّهَ رَجُلٌ لَمْ يَكُنْ لغيرِهِ أَنْ يَأْخُذَهُ مِنْهُ)؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ حَقُّ الْحِفْظِ لَهُ لِسَبْقِ يَدِهِ (فَإِنْ ادَّعَى مُدْعٍ أَنَّهُ ابْنُهُ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ). مَعْنَاهُ: إِذَا لَمْ يَدَّعِ الْمُلْتَظُّهُ نَسَبَهُ وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ. وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَقْبَلَ قَوْلُهُ؛ لِأَنَّهُ يَتَضَمَّنُ إِبْطَالَ حَقِّ الْمُلْتَظُّهِ. وَجَهُ الْاسْتِحْسَانِ أَنَّهُ إِقْرَارٌ لِلصَّبِيِّ بِمَا يَنْفَعُهُ؛ لِأَنَّهُ يَتَشَرَّفُ بِالنَّسَبِ وَيُعَيَّرُ بِعَدَمِهِ. ثُمَّ قِيلَ يَصِحُّ فِي حَقِّهِ دُونَ إِبْطَالِ يَدِ الْمُلْتَظُّهِ. وَقِيلَ يُبْتَنَى عَلَيْهِ بُطْلَانُ يَدِهِ، وَلَوْ ادَّعَاهُ الْمُلْتَظُّهُ قِيلَ يَصِحُّ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ عَلَى الْقِيَاسِ وَالْاسْتِحْسَانِ وَقَدْ عُرِفَ فِي الْأَصْلِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (مَعْنَاهُ: إِذَا لَمْ يَدَّعِ الْمُلْتَظُّهُ نَسَبَهُ) يَعْنِي إِذَا ادَّعَاهُ الْمُلْتَظُّهُ وَرَجُلٌ آخَرُ فَالْمُلْتَظُّهُ أَوْلَى لِأَنَّهُمَا اسْتَوَيَا فِي الدَّعْوَى وَلِأَحَدِهِمَا يَدٌ فَكَانَ صَاحِبُ الْيَدِ أَوْلَى. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ قِيلَ يَصِحُّ فِي حَقِّهِ) أَيُّ فِي حَقِّ النَّسَبِ، وَقِيلَ يُبْتَنَى عَلَيْهِ بُطْلَانُ يَدِهِ لِأَنَّ مِنْ ضَرُورَةِ ثُبُوتِ النَّسَبِ أَنْ يَكُونَ هُوَ أَحَقُّ بِحِفْظِ وَلَدِهِ مِنْ غَيْرِهِ. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ ادَّعَاهُ الْمُلْتَظُّهُ) أَيُّ وَلَوْ ادَّعَى الْمُلْتَظُّهُ نَسَبَ اللَّقِيطِ وَقَالَ هُوَ ابْنِي بَعْدَمَا قَالَ إِنَّهُ لَقِيطٌ، قِيلَ يَصِحُّ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا لِأَنَّهُ لَمْ يَطْلُ بِدَعْوَاهُ حَقُّ أَحَدٍ وَلَا مُنَازَعٌ لَهُ فِي ذَلِكَ (وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ عَلَى الْقِيَاسِ وَالْاسْتِحْسَانِ) أَيُّ عَلَى اخْتِلَافِ حُكْمِ الْقِيَاسِ مَعَ حُكْمِ الْاسْتِحْسَانِ: يَعْنِي فِي الْقِيَاسِ لَا يَصِحُّ وَفِي الْاسْتِحْسَانِ يَصِحُّ كَمَا فِي دَعْوَى غَيْرِ الْمُلْتَظُّهِ، لَكِنَّ وَجْهَ الْقِيَاسِ هَاهُنَا غَيْرُ وَجْهِ الْقِيَاسِ فِي دَعْوَى غَيْرِ الْمُلْتَظُّهِ. وَوَجْهُ الْقِيَاسِ فِي دَعْوَى غَيْرِ الْمُلْتَظُّهِ هُوَ تَضَمُّنُ إِبْطَالِ حَقِّ الْمُلْتَظُّهِ فَلِذَلِكَ لَمْ تَصَحِّ دَعْوَاهُ. وَوَجْهُ الْقِيَاسِ فِي دَعْوَى الْمُلْتَظُّهِ هُوَ تَنَاقُضُ كَلَامِهِ بِأَنَّهُ لَمَّا زَعَمَ أَنَّهُ لَقِيطٌ كَانَ نَافِيًا نَسَبَهُ لِأَنَّ ابْنَهُ لَا يَكُونُ

لَقِيطًا فِي يَدِهِ ثُمَّ ادَّعَى أَنَّهُ ابْنُهُ فَكَانَ مُنَاقِضًا.

وَفِي الاسْتِحْسَانِ تَصَحُّ دَعْوَاهُ لِأَنَّ هَذَا إِقْرَارٌ عَلَى نَفْسِهِ مِنْ وَجْهِ حَيْثُ يَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ وَيَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يَحْفَظَهُ فَهُوَ فِي هَذَا الْإِقْرَارِ يَكْتَسِبُ لَهُ مَا يَنْفَعُهُ، وَبِالِاتِّقَاطِ يَثْبُتُ لَهُ هَذِهِ الْوِلَايَةُ. وَقَوْلُهُ (إِنَّهُ مُتَنَاقِضٌ) قُلْنَا نَعَمْ وَلَكِنْ طَرِيقُهُ الْخَفَاءُ قَدْ يَشْتَبِهُ عَلَى النَّاسِ حَالُ وَلَدِهِ الصَّغِيرِ وَهُوَ يَظُنُّ أَنَّهُ لَقِيطٌ ثُمَّ يَتَيَّنُّ بَعْدَ ذَلِكَ أَنَّهُ وَلَدُهُ، وَالتَّنَاقُضُ لَا يَمْنَعُ ثُبُوتِ السَّبَبِ كَالْمُلَاعِنِ إِذَا أَكْذَبَ نَفْسَهُ

(وَإِنْ ادَّعَاهُ اثْنَانِ وَوَصَفَا أَحَدُهُمَا عَلَامَةً فِي جَسَدِهِ فَهُوَ أَوْلَى بِهِ)؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ لَهُ لِمُوَافَقَةِ الْعَلَامَةِ كَلَامَهُ، وَإِنْ لَمْ يَصِفِ أَحَدُهُمَا عَلَامَةً فَهُوَ ابْنُهُمَا لِاسْتِوَائِهِمَا فِي السَّبَبِ. وَلَوْ سَبَقَتْ دَعْوَةُ أَحَدِهِمَا فَهُوَ ابْنُهُ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ فِي زَمَانٍ لَا مُنَازَعَ لَهُ فِيهِ إِلَّا إِذَا أَقَامَ الْآخَرُ الْبَيِّنَةَ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ أَقْوَى.

الشرح:

(وَإِنْ ادَّعَاهُ اثْنَانِ وَوَصَفَا أَحَدُهُمَا عَلَامَةً فِي جَسَدِهِ فَهُوَ أَوْلَى بِهِ) أَيُّ يَجِبُ عَلَى الْمُتَلَقِّطِ أَنْ يَدْفَعَ اللَّقِيطَ إِلَى الَّذِي وَصَفَ عَلَامَةً فِي جَسَدِهِ وَأَصَابَ فِي وَصْفِهِ لِأَنَّ الْوَاصِفَ أَوْلَى بِذَلِكَ اللَّقِيطِ. فَإِنْ قِيلَ: مَا الْفَرْقُ بَيْنَ اللَّقِيطِ وَاللُّقْطَةِ فَإِنَّ اللَّقْطَةَ إِذَا تَنَازَعَ فِيهِ اثْنَانِ وَوَصَفَا أَحَدُهُمَا وَأَصَابَ وَلَمْ يَصِفِ الْآخَرُ فَإِنَّهُ لَا يُفْضَى لِصَاحِبِ الْوَصْفِ، بَلْ إِذَا انْفَرَدَ الْوَاصِفُ يَحِلُّ لِلْمُتَلَقِّطِ أَنْ يَدْفَعَهَا إِلَيْهِ وَلَا يَلْزَمُهُ وَهَاهُنَا يَلْزَمُ. أَجِيبَ بِأَنَّ الْفَرْقَ بَيْنَهُمَا هُوَ أَنَّ الْإِصَابَةَ بِوَصْفٍ أَمْرٌ مُحْتَمَلٌ، يَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَصَابَ لِأَنَّهُ لَهُ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَصَابَ لِأَنَّهُ رَأَى فِي يَدِ غَيْرِهِ، وَالْمُحْتَمَلُ لَا يَصْلُحُ سَبَبًا لِلِاسْتِحْقَاقِ عَلَى الْغَيْرِ لَكِنَّهُ يَصْلُحُ مُرَجِّحًا لِسَبَبِ الْاسْتِحْقَاقِ كَالْيَدِ فِي دَعْوَى التَّنَاجِ.

إِذَا ثَبَتَ هَذَا فَتَقُولُ فِي فَصْلِ اللَّقِيطِ: قَدْ وَجِدَ مَا هُوَ سَبَبُ الْاسْتِحْقَاقِ وَهُوَ الدَّعْوَةُ لِأَنَّهَا سَبَبُ الْاسْتِحْقَاقِ فِي حَقِّ اللَّقِيطِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ انْفَرَدَ بِدَعْوَى اللَّقِيطِ قَضَى لَهُ بِهِ كَمَا لَوْ أَقَامَ الْبَيِّنَةُ فَيُعْتَبَرُ الْوَصْفُ لِيَتَرَجَّحَ سَبَبُ الْاسْتِحْقَاقِ، وَأَمَّا فِي اللَّقْطَةِ فَالِدَّعْوَى لَيْسَتْ بِسَبَبِ الْاسْتِحْقَاقِ حَتَّى يَتَرَجَّحَ بِالْوَصْفِ، فَلَوْ أُعْتَبِرَ الْوَصْفُ أُعْتَبِرَ لِأَصْلِ الْاسْتِحْقَاقِ وَالْوَصْفُ لَا يَصْلُحُ سَبَبًا لَهُ فَافْتَرَقَا.

(وَإِذَا وَجِدَ فِي مِصْرٍ مِنْ أَمْصَارِ الْمُسْلِمِينَ أَوْ فِي قَرْيَةٍ مِنْ قُرَاهِمُ فَادَّعَى ذِمِّيٌّ أَنَّهُ ابْنُهُ)

ثَبَّتْ نَسَبَهُ مِنْهُ وَكَانَ مُسْلِمًا) وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ؛ لِأَنَّ دَعْوَاهُ تَضَمَّنَ النِّسْبَ وَهُوَ نَافِعٌ لِلصَّغِيرِ، وَابْطَالُ الْإِسْلَامِ الثَّابِتُ بِالدَّارِ وَهُوَ يَضُرُّهُ فَصَحَّتْ دَعْوَتُهُ فِيمَا يَنْفَعُهُ دُونَ مَا يَضُرُّهُ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَإِنْ وُجِدَ فِي مَصْرٍ مِنْ أَفْصَارِ الْمُسْلِمِينَ) عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ ظَاهِرٌ. وَقَالَ فِي النَّهْيَةِ: وَالْمَسْأَلَةُ فِي الْحَاصِلِ عَلَى أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ: أَحَدُهَا أَنْ يَجِدَهُ مُسْلِمٌ فِي مَكَانِ الْمُسْلِمِينَ كَالْمَسْجِدِ وَنَحْوِهِ فَيَكُونُ مُحْكُومًا لَهُ بِالْإِسْلَامِ. وَالثَّانِي أَنْ يَجِدَهُ كَافِرٌ فِي مَكَانِ أَهْلِ الْكُفْرِ كَالْبَيْعَةِ وَالْكَنِيسَةِ فَيَكُونُ مُحْكُومًا لَهُ بِالْكُفْرِ لَا يُصَلِّي عَلَيْهِ إِذَا مَاتَ. وَالثَّلَاثُ أَنْ يَجِدَهُ كَافِرٌ فِي مَكَانِ الْمُسْلِمِينَ وَالرَّابِعُ أَنْ يَجِدَهُ مُسْلِمٌ فِي مَكَانِ الْكَافِرِينَ، فَبَيْنَ هَذَيْنِ الْفَصْلَيْنِ اخْتَلَفَتِ الرَّوَايَةُ. فَبَيْنَ كِتَابِ اللَّقِيطِ يَقُولُ: الْعِبْرَةُ لِلْمَكَانِ فِي الْفَصْلَيْنِ جَمِيعًا. وَفِي رِوَايَةِ ابْنِ سِمَاعَةَ عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّ الْعِبْرَةَ لِلوَاجِدِ بِالْفَصْلَيْنِ جَمِيعًا، كَذَا فِي الْمَبْسُوطِ.

(وَإِنْ وُجِدَ فِي قَرْيَةٍ مِنْ قُرَى أَهْلِ الذِّمَّةِ أَوْ فِي بَيْعَةٍ أَوْ كَنِيسَةٍ كَانَ ذِمِّيًّا) وَهَذَا الْجَوَابُ فِيمَا إِذَا كَانَ الْوَاجِدُ ذِمِّيًّا رِوَايَةً وَاحِدَةً، وَإِنْ كَانَ الْوَاجِدُ مُسْلِمًا فِي هَذَا الْمَكَانِ أَوْ ذِمِّيًّا فِي مَكَانِ الْمُسْلِمِينَ اخْتَلَفَتِ الرَّوَايَةُ فِيهِ، فَفِي رِوَايَةِ كِتَابِ اللَّقِيطِ أُعْتَبِرَ الْمَكَانُ لِسَبْقِهِ، وَفِي كِتَابِ الدَّعْوَى فِي بَعْضِ النُّسخِ أُعْتَبِرَ الْوَاجِدُ وَهُوَ رِوَايَةُ ابْنِ سِمَاعَةَ عَنْ مُحَمَّدٍ لِقُوَّةِ الْيَدِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ تَبْعِيَّةَ الْأَبَوَيْنِ فَوْقَ تَبْعِيَّةِ الدَّارِ حَتَّى إِذَا سُبِيَ مَعَ الصَّغِيرِ أَحَدُهُمَا يُعْتَبَرُ كَافِرًا، وَفِي بَعْضِ نُسَخِهِ أُعْتَبِرَ الْإِسْلَامُ نَظَرًا لِلصَّغِيرِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فِي بَعْضِ النُّسخِ) أَيُّ فِي بَعْضِ نُسَخِ دَعْوَى الْمَبْسُوطِ.

(وَمَنْ ادَّعَى أَنَّ اللَّقِيطَ عَبْدُهُ لَمْ يَقْبَلْ مِنْهُ)؛ لِأَنَّهُ حُرٌّ ظَاهِرًا إِلَّا أَنْ يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ عَبْدُهُ (فَإِنْ ادَّعَى عَبْدٌ أَنَّهُ ابْنُهُ ثَبَّتَ نَسَبُهُ مِنْهُ)؛ لِأَنَّهُ يَنْفَعُهُ (وَكَانَ حُرًّا)؛ لِأَنَّ الْمَمْلُوكَ قَدْ تَلَدَّ لَهُ الْحُرَّةُ فَلَا تَبْطُلُ الْحُرِّيَّةُ الظَّاهِرَةُ بِالشَّكِّ (وَالْحُرُّ فِي دَعْوَتِهِ اللَّقِيطَ أَوْلَى مِنَ الْعَبْدِ، وَالْمُسْلِمُ أَوْلَى مِنَ الذِّمِّيِّ) تَرْجِيحًا لِمَا هُوَ الْأَنْظَرُ فِي حَقِّهِ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَمَنْ ادَّعَى أَنَّ اللَّقِيطَ عَبْدُهُ) ظَاهِرٌ. فَإِنْ قِيلَ: إِنَّ الْبَيِّنَةَ لَا تُقْبَلُ إِلَّا عَلَى

خَصَمٍ مُنْكَرٍ وَلَا خَصَمَ هَاهُنَا لَأَنَّ الْمُلْتَظِتَ لَيْسَ بِوَلِيٍّ فَلَا يَكُونُ خَصَمًا عَنْهُ. أُجِيبَ بِأَنَّ
الْخَصَمَ هُوَ الْمُلْتَظِتُ بِاعْتِبَارِ يَدِهِ لِأَنَّهُ يَمْنَعُهُ عَنْهُ، وَيَزْعُمُ أَنَّهُ أَحَقُّ بِحِفْظِهِ فَلَا يَتَوَصَّلُ
الْمُدَّعِي إِلَى اسْتِحْقَاقِ يَدِهِ عَلَيْهِ إِلَّا بِإِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ، فَإِنْ ادَّعَى عَبْدٌ أَنَّهُ ابْنُهُ ثَبَتَ نَسَبُهُ لِأَنَّ
دَعْوَاهُ تَضَمَّنَتْ شَيْئَيْنِ: النَّسَبَ وَهُوَ نَفْعٌ لِلصَّبِيِّ لِأَنَّهُ يَحْصُلُ لَهُ الشَّرَفُ بِثُبُوتِ النَّسَبِ،
وَالرِّقُّ وَهُوَ مَضَرَّةٌ فَيُثْبِتُ الْأَوَّلُ دُونَ الثَّانِي لِأَنَّ الْأَوَّلَ لَا يَسْتَلْزِمُهُ لِأَنَّ الْمَمْلُوكَ قَدْ تَلَدُّ لَهُ
الْحُرَّةُ فَلَا تَبْطُلُ لَهُ الْحُرِّيَّةُ الظَّاهِرَةُ بِالشَّكِّ. وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَرَّرَ بِجَعْلِ كَلَامِهِ دَلِيلَيْنِ عَلَى
مَطْلُوبَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ يَثْبِتُ نَسَبَهُ لِأَنَّهُ يَنْفَعُهُ، وَكُلُّ مَا يَنْفَعُهُ يَثْبِتُ لَهُ. وَالثَّانِي أَنَّهُ حُرٌّ
لِأَنَّ الْمَمْلُوكَ قَدْ تَلَدُّ لَهُ الْحُرَّةُ فَلَا يَكُونُ عَبْدًا، وَقَدْ تَلَدُّ لَهُ الْأُمَةُ فَيَكُونُ عَبْدًا، وَالظَّاهِرُ فِي
بَنِي آدَمَ الْحُرِّيَّةُ فَلَا تَبْطُلُ بِالشَّكِّ.

قَالَ (وَالْحُرُّ فِي دَعْوَتِهِ اللَّقِيطُ أَوْلَى مِنَ الْعَبْدِ) إِذَا ادَّعَى اللَّقِيطُ الْحُرُّ وَالْعَبْدُ وَهُمَا
خَارِجَانِ أَوْ الْمُسْلِمُ وَالذَّمِّيُّ وَهُمَا خَارِجَانِ دَعَا مَجْرَدَةً فَالْحُرُّ أَوْلَى مِنَ الْعَبْدِ وَالْمُسْلِمُ
أَوْلَى مِنَ الذَّمِّيِّ، وَكَذَلِكَ إِذَا أَقَامَا الْبَيِّنَةَ وَلَيْسَتْ إِحْدَاهُمَا أَكْثَرُ إِثْبَاتًا، حَتَّى لَوْ شَهِدَ
لِلْمُسْلِمِ ذِمِّيَّانِ وَلِلذَّمِّيِّ مُسْلِمَانِ كَانَ لِلْمُسْلِمِ لِأَنَّ بَيِّنَتَهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حُجَّةٌ فِي حَقِّ
الْآخَرِ وَلَيْسَتْ إِحْدَاهُمَا أَكْثَرُ إِثْبَاتًا فَكَانَ الْمُسْلِمُ أَوْلَى. وَأَمَّا إِذَا كَانَتْ بَيِّنَتُهُ الَّتِي أَكْثَرُ
إِثْبَاتًا فَلَا يُعْتَبَرُ التَّرْجِيحُ بِالْإِسْلَامِ، فَلَوْ ادَّعَى الذَّمِّيُّ صَبِيًّا فِي يَدِ رَجُلٍ أَنَّهُ ابْنُهُ وَلَدَ عَلَى
فِرَاشِهِ وَأَقَامَ عَلَى ذَلِكَ شَاهِدَيْنِ مُسْلِمَيْنِ وَأَقَامَ عَبْدٌ مُسْلِمٌ بَيِّنَتَهُ أَنَّهُ ابْنُهُ وَلَدَ عَلَى فِرَاشِهِ
مِنْ هَذِهِ الْأُمَةِ فَضَيَّيَ لِلذَّمِّيِّ بِالصَّبِيِّ، وَلَمْ يَتَرَجَّحِ الْعَبْدُ بِالْإِسْلَامِ لِأَنَّ بَيِّنَتَهُ الذَّمِّيُّ أَكْثَرُ
إِثْبَاتًا لِأَنَّهُا ثَبَتَ النَّسَبَ بِجَمِيعِ أَحْكَامِهِ. وَأَمَّا إِذَا كَانَ النَّزَاعُ بَيْنَ الْمُلْتَظِتِ وَالْخَارِجِ
فَالْتَّرْجِيحُ بِالْيَدِ لِقُوَّتِهَا، فَإِنَّ الْمُلْتَظِتَ إِذَا كَانَ ذِمِّيًّا فَهُوَ أَوْلَى مِنَ الْمُسْلِمِ الْخَارِجِ

(وَأِنْ وُجِدَ مَعَ اللَّقِيطِ مَالٌ مَشْدُودٌ عَلَيْهِ فَهُوَ لَهُ) اعْتِبَارًا لِلظَّاهِرِ. وَكَذَا إِذَا كَانَ
مَشْدُودًا عَلَى دَابَّةٍ وَهُوَ عَلَيْهَا لَمَّا ذَكَّرْنَا ثُمَّ يَصْرِفُهُ الْوَاجِدُ إِلَيْهِ بِأَمْرِ الْقَاضِي؛ لِأَنَّهُ مَالٌ
ضَائِعٌ وَلِلْقَاضِي وَلَا يَتَّصِلُ بِصَرْفِ مِثْلِهِ إِلَيْهِ. وَقِيلَ يَصْرِفُهُ بِغَيْرِ أَمْرِ الْقَاضِي؛ لِأَنَّهُ لِلْقِيطِ
ظَاهِرًا (وَلَهُ وَلَا يَتَّصِلُ الْإِنْفَاقَ وَشَرَاءَ مَا لَا بُدَّ لَهُ مِنْهُ) كَالطَّعَامِ وَالْكِسْوَةِ؛ لِأَنَّهُ مِنَ الْإِنْفَاقِ.

الشرح:

(وَإِذَا وُجِدَ مَعَ اللَّقِيطِ مَالٌ مَشْدُودٌ عَلَيْهِ أَوْ عَلَى دَابَّةٍ فَهُوَ لَهُ) وَكَذَا

الدَّابَّةُ (اعْتِبَارًا لِلظَّاهِرِ) لِأَنَّ اللَّقِيطَ لَمَّا كَانَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ كَانَ حُرًّا مِنْ أَهْلِ الْمَلِكِ، فَمَا كَانَ مَعَهُ فَهُوَ لَهُ ظَاهِرًا لَعَدَمِ الْيَدِ الثَّابِتَةِ عَلَيْهِ كَالْقَمِيصِ الَّذِي عَلَيْهِ. فَإِنْ قِيلَ: الظَّاهِرُ يَكْفِي لِلدَّفْعِ لَا لِلإِسْتِحْقَاقِ، فَلَوْ ثَبَتَ الْمَلِكُ لِلْقِيطِ بِهَذَا الظَّاهِرِ كَانَ الظَّاهِرُ حُجَّةً مُثَبَّتَةً وَلَيْسَ كَذَلِكَ. أُجِيبَ بِأَنَّ هَذَا الظَّاهِرَ يَدْفَعُ دَعْوَى الْغَيْرِ (قَوْلُهُ ثُمَّ يَصْرِفُهُ الْوَاجِدُ إِلَيْهِ) ظَاهِرٌ.

(وَلَا يَجُوزُ تَرْوِيجُ الْمُتَلَقِّطِ) لَانْعِدَامِ سَبَبِ الْوِلَايَةِ مِنَ الْقَرَابَةِ وَالْمَلِكِ وَالسُّلْطَانَةِ.
قَالَ (وَلَا تَصْرِفُهُ فِي مَالِ الْمُتَلَقِّطِ) اعْتِبَارًا بِالْأَمِّ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ وِلَايَةَ التَّصْرِيفِ لِتَثْمِيرِ الْمَالِ وَذَلِكَ يَتَحَقَّقُ بِالرَّأْيِ الْكَامِلِ وَالشَّفَقَةِ الْوَافِرَةِ وَالْمَوْجُودِ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَحَدُهُمَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالْمَوْجُودُ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا) أَيُّ مِنَ الْمُتَلَقِّطِ وَالْأَمِّ (أَحَدُهُمَا) لِأَنَّ لِلْمُتَلَقِّطِ رَأْيًا كَامِلًا وَلَا شَفَقَةً لَهُ، وَلِلْأَمِّ شَفَقَةً كَامِلَةً وَلَا رَأْيَ لَهَا
قَالَ: (وَيَجُوزُ أَنْ يَقْبِضَ لَهُ الْهَيْبَةُ)؛ لِأَنَّهُ نَفَعَ مَحْضٌ وَلِهَذَا يَمْلِكُهُ الصَّغِيرُ بِنَفْسِهِ إِذَا كَانَ عَاقِلًا وَتَمْلِكُهُ الْأُمُّ وَوَصِيهَاً.

قَالَ (وَيُسَلِّمُهُ فِي صِنَاعَتَيْهِ)؛ لِأَنَّهُ مِنْ بَابِ تَثْقِيفِهِ وَحِفْظِ حَالِهِ. قَالَ (وَيُؤَاجِرُهُ) قَالَ الْعَبْدُ الضَّعِيفُ: وَهَذَا رِوَايَةُ الْقُدُورِيِّ فِي مُخْتَصَرِهِ، وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: لَا يَجُوزُ أَنْ يُؤَاجِرَهُ، ذَكَرَهُ فِي الْكَرَاهِيَّةِ وَهُوَ الْأَصَحُّ. وَجْهُ الْأَوَّلِ أَنَّهُ يَرْجِعُ إِلَى تَثْقِيفِهِ. وَوَجْهُ الثَّانِي أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ إِتْلَافَ مَنَافِعِهِ فَأَشْبَهَ الْعَمَّ. بِخِلَافِ الْأُمِّ؛ لِأَنَّهَا تَمْلِكُهُ عَلَى مَا نَذَرَهُ فِي الْكَرَاهِيَّةِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

الشرح:

(قَوْلُهُ لِأَنَّهُ مِنْ بَابِ تَثْقِيفِهِ) التَّثْقِيفُ تَقْوِيمُ الْمُعْوَجِّ بِالثَّقَافِ وَهُوَ مَا يُسَوَّى بِهِ الرِّمَاحُ وَيُسْتَعَارُ لِلتَّادِيبِ وَالتَّهْذِيبِ (قَوْلُهُ بِخِلَافِ الْأُمِّ لِأَنَّهَا تَمْلِكُهُ) أَيُّ تَمْلِكُ إِتْلَافَ مَنَافِعِهِ فَإِنَّهَا تَمْلِكُ اسْتِخْدَامَ وَلَدِهَا وَإِجَارَتَهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

كِتَابُ اللَّقْطَةِ

قَالَ (اللَّقْطَةُ أَمَانَةٌ إِذَا أَشْهَدَ الْمُلتَقِطُ أَنَّهُ يَأْخُذُهَا لِيَحْفَظَهَا وَيَرُدَّهَا عَلَى صَاحِبِهَا) لَأَنَّ الْأَخْذَ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ مَأْذُونٌ فِيهِ شَرْعًا بَلْ هُوَ الْأَفْضَلُ عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ وَهُوَ الْوَاجِبُ إِذَا خَافَ الضَّيَاعَ عَلَى مَا قَالُوا، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ لَا تَكُونُ مَضْمُونَةً عَلَيْهِ، وَكَذَلِكَ إِذَا تَصَادَقَا أَنَّهُ أَخَذَهَا لِلْمَالِكِ لَأَنَّ تَصَادُقَهُمَا حُجَّةٌ فِي حَقِّهِمَا فَصَارَ كَالْبَيِّنَةِ، وَلَوْ أَقْرَأَ أَنَّهُ أَخَذَهَا لِنَفْسِهِ يَضْمَنُ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهُ أَخَذَ مَالَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ وَبِغَيْرِ إِذْنِ الشَّرْعِ، وَإِنْ لَمْ يَشْهَدْ الشُّهُودُ عَلَيْهِ وَقَالَ الْأَخْذُ أَخَذْتَهُ لِلْمَالِكِ وَكَذَبَهُ الْمَالِكُ يَضْمَنُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا يَضْمَنُ وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ لَأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ لَهُ لِاخْتِيَارِهِ الْحِسْبَةَ دُونَ الْمَعْصِيَةِ، وَلَهُمَا أَنَّهُ أَقْرَأَ بِسَبَبِ الضَّمَانِ وَهُوَ أَخَذَ مَالَ الْغَيْرِ وَادَّعَى مَا يُبْرِئُهُ وَهُوَ الْأَخْذُ لِمَالِكِهِ وَفِيهِ وَقَعَ الشُّكُّ فَلَا يَبْرَأُ، وَمَا ذُكِرَ مِنَ الظَّاهِرِ يُعَارِضُهُ مِثْلُهُ لَأَنَّ الظَّاهِرَ أَنْ يَكُونَ الْمُتَصَرِّفُ عَامِلًا لِنَفْسِهِ وَيَكْفِيهِ فِي الْإِشْهَادِ أَنْ يَقُولَ مَنْ سَمِعْتُمُوهُ يَنْشُدُ لِقَطْعَةٍ فَذُلُّوهُ عَلَيَّ وَاحِدَةً كَانَتْ اللَّقْطَةُ أَوْ أَكْثَرَ لِأَنَّهُ اسْمُ جِنْسٍ.

الشرح:

(كِتَابُ اللَّقْطَةِ): اللَّقِيطُ وَاللَّقْطَةُ مُتَقَارِبَانِ لَفْظًا وَمَعْنَى، وَخُصَّ اللَّقِيطُ بِنَبِيِّ آدَمَ وَاللَّقْطَةُ بِغَيْرِهِمْ لِلتَّمْيِيزِ بَيْنَهُمَا، وَقُدِّمَ الْأَوَّلُ لَشَرَفِ بَنِي آدَمَ عَلَى اللَّقْطَةِ وَهِيَ الشَّيْءُ الَّذِي يَجِدُهُ مُلْقًى فَيَأْخُذُهُ أَمَانَةً (إِذَا أَشْهَدَ الْمُلتَقِطُ أَنَّهُ يَأْخُذُهَا لِيَحْفَظَهَا وَيَرُدَّهَا عَلَى صَاحِبِهَا) لَأَنَّ الْأَخْذَ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ مَأْذُونٌ فِيهِ شَرْعًا بَلْ هُوَ الْأَفْضَلُ عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ قَوْلُهُ بَلْ هُوَ أَفْضَلُ عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ اخْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ مَنْ يَقُولُ إِنَّهُ أَخَذَ مَالَ الْغَيْرِ بِغَيْرِ إِذْنِ صَاحِبِهِ وَذَلِكَ حَرَامٌ شَرْعًا وَعَنْ قَوْلِ مَنْ يَقُولُ أَخَذَهُ جَائِزٌ وَتَرَكُهُ أَفْضَلُ لَأَنَّ صَاحِبَهَا إِنَّمَا يَطْلُبُهَا فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي سَقَطَتْ مِنْهُ، فَإِذَا تَرَكَهَا وَجَدَهَا صَاحِبَهَا فِي ذَلِكَ الْمَوْضِعِ (قَوْلُهُ وَهُوَ الْوَاجِبُ إِذَا خَافَ الضَّيَاعَ عَلَى مَا قَالُوا).

وَالْحَاصِلُ أَنَّ اللَّقْطَةَ عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ عَلَى تَوْعِينٍ: مَا يَكُونُ أَخْذُهُ وَاجِبًا وَهُوَ مَا إِذَا خَافَ الضَّيَاعَ، وَاسْتَدَلَّ عَلَى ذَلِكَ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ [التوبة: ٧١] وَإِذَا كَانَ وَلِيًّا وَجَبَ عَلَيْهِ حِفْظُ مَالِهِ، وَبِأَنَّ حُرْمَةَ مَالِ الْمُسْلِمِ كَحُرْمَةِ مَالِهِ، فَإِذَا خَافَ عَلَى مَالِهِ الضَّيَاعَ وَجَبَ حِفْظُهُ، فَكَذَلِكَ إِذَا خَافَ

عَلَى مَالٍ غَيْرِهِ وَمَا لَا يَكُونُ أَخْذُهُ وَاجِبًا، وَهُوَ مَا إِذَا لَمْ يَخَفِ الضَّيَاعَ فَقِيلَ رَفَعَهُ
 مَدْبُوبٌ إِلَيْهِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ [المائدة: ٢] وَلَائِذَا لَوْ تَرَكَهَا
 لَا يُؤْمَنُ أَنْ يَصِلَ إِلَيْهَا يَدُ خَائِنَةٍ فَتَمْنَعَهَا عَنْ مَالِكِهَا. وَقِيلَ تَرَكُهُ أَفْضَلُ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ
 صَاحِبَهَا إِنَّمَا يَطْلُبُهَا فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي سَقَطَتْ مِنْهُ وَالْأَوَّلُ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ
 (وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ) أَيُّ إِذَا كَانَ أَخْذُهَا مَأْذُونًا فِيهِ شَرْعًا (لَا تَكُونُ مَضْمُونَةً
 عَلَيْهِ) كَذَا وَكَذَا فِي بَعْضِ الشُّرُوحِ وَهُوَ لَا يُنَاسِبُ قَوْلَهُ إِذَا تَصَادَقَا، وَالظَّاهِرُ أَنَّ مَعْنَاهُ
 وَإِذَا أَشْهَدَ الْمُتَقَطُّ أَنَّهُ يَأْخُذُهَا إلخ لَا تَكُونُ مَضْمُونَةً عَلَيْهِ لِأَنَّهُ لَمْ يَأْخُذْ لِنَفْسِهِ، وَيَجُوزُ
 أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ وَإِذَا كَانَتْ أَمَانَةً لَا تَكُونُ مَضْمُونَةً عَلَيْهِ، وَكَذَا إِذَا تَصَادَقَ الْمُتَقَطُّ
 وَالْمَالِكُ أَنَّهُ أَخْذَهَا لِلْمَالِكِ لِأَنَّ تَصَادُقَهُمَا حُجَّةٌ فِي حَقِّهِمَا وَصَارَ كَمَا إِذَا أَقَامَ الْمُتَقَطُّ
 الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ أَخْذَهَا لِيُوصِلَهَا إِلَى الْمَالِكِ (وَلَوْ أَقَرَّ) الْمُتَقَطُّ (أَنَّهُ أَخْذَهَا لِنَفْسِهِ يَضْمَنُ
 بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهُ أَخْذُ مَالٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ وَبِغَيْرِ إِذْنِ الشَّرْعِ، وَإِنْ لَمْ يَشْهَدْ الشُّهُودُ عَلَيْهِ
 وَقَالَ الْآخِذُ أَخْذَهَا لِلْمَالِكِ وَكَذَبَهُ الْمَالِكُ يَضْمَنُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو
 يُوسُفَ: لَا يَضْمَنُ وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ) أَمَّا عَدَمُ الضَّمَانِ فَلِأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ لَهُ لِاخْتِيَارِهِ
 الْحِسْبَةَ دُونَ الْعَصِيَةِ لِأَنَّ فِعْلَ الْمُسْلِمِ مَحْمُولٌ عَلَى مَا يَحِلُّ لَهُ شَرْعًا، وَالَّذِي يَحِلُّ لَهُ
 شَرْعًا الْأَخْذُ لِلرَّدِّ لَا لِنَفْسِهِ فَيُحْمَلُ مُطْلَقٌ فِعْلُهُ عَلَيْهِ، وَهَذَا الدَّلِيلُ الشَّرْعِيُّ قَائِمٌ مَقَامَ
 الْإِشْهَادِ مِنْهُ، وَأَمَّا أَنْ الْقَوْلُ قَوْلُهُ فَلِأَنَّ صَاحِبَهَا يَدَّعِي عَلَيْهِ سَبَبَ الضَّمَانِ وَوُجُوبَ
 الْقِيَمَةِ فِي ذِمَّتِهِ وَهُوَ مُنْكَرٌ وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ مَعَ يَمِينِهِ كَمَا لَوْ ادَّعَى عَلَيْهِ الْغَضَبُ.
 وَقَوْلُهُ (وَلَهُمَا أَنَّهُ أَقَرَّ بِسَبَبِ الضَّمَانِ) ظَاهِرٌ، قِيلَ هَذَا الْاِخْتِلَافُ فِي الْإِشْهَادِ فِيمَا إِذَا
 أَمْكَنَهُ أَنْ يَشْهَدَ، أَمَّا إِذَا لَمْ يَجِدْ أَحَدًا يُشْهَدُهُ عِنْدَ الرَّفْعِ أَوْ خَافَ أَنَّهُ لَوْ أَشْهَدَ عِنْدَ
 الرَّفْعِ أَنْ يَأْخُذَهُ مِنْهُ الظُّلْمُ فَتَرَكَ الْإِشْهَادَ لَا يَكُونُ ضَامِنًا بِالْإِتِّفَاقِ، وَإِنْ وَجَدَ مَنْ
 يُشْهَدُهُ فَلَمْ يُشْهَدْهُ حَتَّى جَاوَزَهُ ضَمِنَ لِأَنَّهُ تَرَكَ الْإِشْهَادَ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ. وَقَوْلُهُ
 (وَيَكْفِي فِي الْإِشْهَادِ أَنْ يَقُولَ) ظَاهِرٌ.

قَالَ (فَإِنْ كَانَتْ أَقَلُّ مِنْ عَشْرَةِ دَرَاهِمَ عَرَفَهَا أَيَّامًا، وَإِنْ كَانَتْ عَشْرَةً فَصَاعِدًا عَرَفَهَا
 حَوْلًا) قَالَ الْعَبْدُ الضَّعِيفُ: وَهَذِهِ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَوْلُهُ أَيَّامًا مَعْنَاهُ عَلَى حَسَبِ مَا يَرَى.
 وَقُدْرَةُ مُحَمَّدٍ فِي الْأَصْلِ بِالْحَوْلِ مِنْ غَيْرِ تَفْصِيلٍ بَيْنَ الْقَلِيلِ وَالكَثِيرِ، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ

وَالشَّافِعِيُّ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ التَّقَطَ شَيْئًا فَلْيَعْرِفْهُ سَنَةً مِنْ غَيْرِ فِصْلٍ»^(١). وَجَهُ الْأَوَّلُ أَنَّ التَّقْدِيرَ بِالْحَوْلِ وَرَدَّ فِي لُقْمَةٍ كَانَتْ مِائَةً دِينَارٍ تُسَاوِي أَلْفَ دِرْهَمٍ، وَالْعَشْرَةَ وَمَا فَوْقَهَا فِي مَعْنَى الْأَلْفِ فِي تَعَلُّقِ الْقَطْعِ بِهِ فِي السَّرِقَةِ وَتَعَلُّقِ اسْتِحْلَالِ الْفَرْجِ بِهِ وَلَيْسَتْ فِي مَعْنَاهَا فِي حَقِّ تَعَلُّقِ الزُّكَاةِ، فَأَوْجَبْنَا التَّعْرِيفَ بِالْحَوْلِ احْتِيَاطًا، وَمَا دُونَ الْعَشْرَةِ لَيْسَ فِي مَعْنَى الْأَلْفِ بِوَجْهِ مَا هَفَوْنَا إِلَى رَأْيِ الْمُتَبَتَّلِي بِهِ وَقِيلَ الصَّحِيحُ أَنَّ شَيْئًا مِنْ هَذِهِ الْمَقَادِيرِ لَيْسَ بِإِلَازِمٍ، وَيَفُوزُ إِلَى رَأْيِ الْمُتَلَقِّطِ يَعْرِفُهَا إِلَى أَنْ يَغْلِبَ عَلَى ظَنِّهِ أَنَّ صَاحِبَهَا لَا يَطْلُبُهَا بَعْدَ ذَلِكَ ثُمَّ يَتَصَدَّقُ بِهَا، وَإِنْ كَانَتْ اللَّقْمَةُ شَيْئًا لَا يَبْقَى عَرَفُهُ حَتَّى إِذَا خَافَ أَنْ يَفْسُدَ تَصَدَّقَ بِهِ، وَيَنْبَغِي أَنْ يَعْرِفَهَا فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي أَصَابَهَا. وَفِي الْجَامِعِ: فَإِنَّ ذَلِكَ أَقْرَبُ إِلَى الْوُصُولِ إِلَى صَاحِبِهَا، وَإِنْ كَانَتْ اللَّقْمَةُ شَيْئًا يَعْلَمُ أَنَّ صَاحِبَهَا لَا يَطْلُبُهَا كَالنَّوْءِ وَهَشُورِ الرُّمَانِ يَكُونُ الْقَاوُءُ إِبَاحَةً حَتَّى جَازَ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ مِنْ غَيْرِ تَعْرِيفٍ وَلَكِنَّهُ مُبْقَى عَلَى مِلْكِ مَالِكِهِ لِأَنَّ التَّمْلِيكَ مِنَ الْمَجْهُولِ لَا يَصِحُّ.

قَالَ (فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلَّا تَصَدَّقَ بِهَا) إِيصَالًا لِلْحَقِّ إِلَى الْمُسْتَحَقِّ وَهُوَ وَاجِبٌ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ، وَذَلِكَ بِإِيصَالِ عَيْنِهَا عِنْدَ الظُّفْرِ بِصَاحِبِهَا وَإِيصَالِ الْعِوَضِ وَهُوَ الثَّوَابُ عَلَى اعْتِبَارِ إِجَازَةِ التَّصَدَّقِ بِهَا، وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا رَجَاءَ الظُّفْرِ بِصَاحِبِهَا قَالَ (فَإِنْ) (جَاءَ صَاحِبُهَا) يَعْنِي بَعْدَمَا تَصَدَّقَ بِهَا (فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَمْضَى الصَّدَقَةَ) وَلَهُ ثَوَابُهَا لِأَنَّ التَّصَدَّقَ وَإِنْ حَصَلَ بِإِذْنِ الشَّرْعِ لَمْ يَحْصُلْ بِإِذْنِهِ فَيَتَوَقَّفُ عَلَى إِجَازَتِهِ، وَالْمِلْكُ يَثْبُتُ لِلْفَقِيرِ قَبْلَ الْإِجَازَةِ فَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى قِيَامِ الْمَحَلِّ، بِخِلَافِ بَيْعِ الْفُضُولِيِّ لثَبُوتِهِ بَعْدَ الْإِجَازَةِ فِيهِ (وَإِنْ شَاءَ ضَمِنَ الْمُتَلَقِّطُ لِأَنَّهُ سَلَّمَ مَالَهُ إِلَى غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ) إِلَّا أَنَّهُ بِإِبَاحَةِ مِنَ جِهَةِ الشَّرْعِ، وَهَذَا لَا يُنَافِي الضَّمَانَ حَقًّا لِلْعَبْدِ كَمَا فِي تَنَاوُلِ مَالِ الْغَيْرِ حَالَتِ الْمَخْمَصَةِ، وَإِنْ شَاءَ ضَمِنَ الْمُسْكِينُ إِذَا هَلَكَ فِي يَدِهِ لِأَنَّهُ قَبِضَ مَالَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، وَإِنْ كَانَ قَائِمًا أَخَذَهُ لِأَنَّهُ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ وَهَذِهِ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ يُشِيرُ إِلَى أَنَّهَا لَيْسَتْ ظَاهِرَ الرِّوَايَةِ، فَإِنَّ

(١) أخرجه الدارقطني في السنن (١٨٢/٤)، وانظر نصب الراية (٧٠٥/٣).

الطَّحَاوِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ قَالَ: وَإِذَا التَّقَطُّ لُقْطَةً فَإِنَّهُ يُعْرِفُهَا سَنَةً سَوَاءً كَانَ الشَّيْءُ نَفِيسًا أَوْ خَسِيسًا فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ (وَقَوْلُهُ كَانَتْ مِائَةٌ دِينَارٍ تُسَاوِي أَلْفَ دِرْهَمٍ) يُرِيدُ مَا رَوَى الْبُخَارِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الصَّحِيحِ مُسْنَدًا إِلَى أَبِي بِنِ كَعْبٍ رضي الله عنه قَالَ: «أَخَذْتُ صُرَّةَ مِائَةِ دِينَارٍ، فَأَتَيْتُ النَّبِيَّ صلى الله عليه وسلم فَقَالَ: عَرَفْتُهَا حَوْلًا، فَعَرَفْتُهَا فَلَمْ أَجِدْ مَنْ يَعْرِفُهَا، ثُمَّ أَتَيْتُهُ ثَانِيًا فَقَالَ: عَرَفْتُهَا حَوْلًا، فَعَرَفْتُهَا فَلَمْ أَجِدْ، ثُمَّ أَتَيْتُهُ ثَالِثًا فَقَالَ: احْفَظْ وَعَاءَهَا وَوِكَاءَهَا وَعَدَدَهَا، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلَّا فَاسْتَمْتِعْ بِهَا». وَفِيهِ نَظَرٌ لَأَنَّ الْعِبْرَةَ بَعُمُومِ اللَّفْظِ لَا بِخُصُوصِ السَّبَبِ.

وَأَقُولُ: هَذَا الْحَدِيثُ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ التَّعْرِيفَ يَكُونُ حَوْلَيْنِ، وَلَيْسَ ذَلِكَ بِشَرْطٍ بِالْإِجْمَاعِ فَيَكُونُ سَاقِطَ الدَّلَالَةِ عَلَى الْمُرَادِ (وَقَوْلُهُ وَقِيلَ الصَّحِيحُ أَنَّ شَيْئًا مِنْ هَذِهِ الْمَقَادِيرِ) إِشَارَةٌ إِلَى مَا اخْتَارَهُ شَمْسُ الْأُيُمَةِ السَّرْحَسِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَقَوْلُهُ (كَالْتَوَاةِ وَقُشُورِ الرُّثْمَانِ) يَعْنِي إِذَا كَانَ فِي مَوَاضِعَ مُخْتَلَفَةٍ فَجَمَعَهَا وَصَارَ بِحُكْمِ الْكَثْرَةِ لَهَا قِيَمَةٌ فَإِنَّهُ يَجُوزُ لَهُ الْإِنْتِفَاعُ بِهَا لِأَنَّ الْقِيَمَةَ ظَهَرَتْ بِالْإِجْمَاعِ وَالْإِجْمَاعُ حَصَلَ بِصُنْعِهِ وَلَكِنَّهُ لَا يَمْلِكُهَا، حَتَّى أَنْ صَاحِبَهَا إِذَا وَجَدَهَا فِي يَدِهِ بَعْدَمَا جَمَعَهَا جَازَ أَنْ يَأْخُذَهَا لِأَنَّ الْإِلْقَاءَ مُتَّفَقًا ذَلِيلٌ عَلَى الْإِذْنِ لَا عَلَى التَّمْلِكِ، لِأَنَّ التَّمْلِكَ مِنَ الْمَجْهُولِ لَا يَصِحُّ. ذَكَرَهُ فِي الْمَحِيطِ، فَأَمَّا إِذَا كَانَتْ مُجْتَمِعَةً فِي مَوْضِعٍ فَلَا يَجُوزُ الْإِنْتِفَاعُ بِهَا لِأَنَّ صَاحِبَهَا لَمَّا جَمَعَهَا فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ مَا أَلْفَاهَا (قَوْلُهُ فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلَّا تَصَدَّقَ بِهَا) يَعْنِي إِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا بَعْدَ التَّعْرِيفِ دَفَعَهَا إِلَيْهِ أَيْضًا لَا لِعَيْنِ حَقِّهِ الْمُسْتَحَقُّ الدَّفْعُ إِلَيْهِ كَمَا فِي بَيْعِ الْفُضُولِيِّ (وَإِلَّا) أَيْ وَإِنْ لَمْ يَجِئْ فَهُوَ بِالْخِيَارِ (إِنْ شَاءَ) تَصَدَّقَ بِهَا أَيْضًا لَا لِعَوَضِ الْمُسْتَحَقِّ وَهُوَ الثَّوَابُ عَلَى اعْتِبَارِ إِجَارَتِهِ التَّصَدَّقَ بِهَا عَلَى مُسْتَحَقِّهِ (وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا رَجَاءً) لِلظُّفْرِ بِصَاحِبِهَا، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا بَعْدَمَا تَصَدَّقَ بِهَا الْمَلْتَقِطُ بِإِذْنِ الْحَاكِمِ فَهُوَ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ أَمْضَى الصَّدَقَةَ وَلَهُ ثَوَابُهَا لِأَنَّ التَّصَدَّقَ إِنْ حَصَلَ بِإِذْنِ الشَّرْعِ لَمْ يَخْصُلْ بِإِذْنِهِ فَيَتَوَقَّفُ عَلَى إِجَارَتِهِ.

فَإِنْ قِيلَ التَّوَقَّفُ عَلَى الْإِجَارَةِ يَقْتَضِي قِيَامَ الْمَحَلِّ عِنْدَهَا كَمَا فِي بَيْعِ الْفُضُولِيِّ وَلَيْسَ بِإِلْزَامٍ؛ حَتَّى لَوْ أَجَازَ الْمَالِكُ بَعْدَ هَلَاكِهَا صَحَّتْ الْإِجَارَةُ. وَأَجَابَ بِأَنَّ الْمَلِكَ يَثْبُتُ لِلْفَقِيرِ قَبْلَ الْإِجَارَةِ لِأَنَّ الْمَلْتَقِطَ لَمَّا كَانَ مَأْذُونًا فِي التَّصَدَّقِ شَرَعًا مَلِكُ الْفَقِيرِ

بِنَفْسِ الْأَخْذِ لَأَنَّ التَّصَدُّقَ مِنْ أَسْبَابِ الْمَلِكِ فَلَمْ يَتَوَقَّفْ ثُبُوتُ الْمَلِكِ عَلَى وُجُودِ الْمَحَلِّ عِنْدَ الْإِجَازَةِ: فَإِنْ قِيلَ: لَوْ ثَبَتَ الْمَلِكُ لِلْفَقِيرِ قَبْلَ الْإِجَازَةِ لَمَا ثَبَتَ لِلْمَالِكِ حَقُّ الْأَخْذِ إِذَا كَانَ قَائِمًا فِي يَدِ الْفَقِيرِ.

أُجِيبَ بِأَنْ ثُبُوتَ الْمَلِكِ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الْاسْتِرْدَادِ كَالْوَاهِبِ يَمْلِكُ الرُّجُوعَ بَعْدَ ثُبُوتِ الْمَلِكِ لِلْمَوْهُوبِ لَهُ، وَكَالْمُرْتَدِّ إِذَا عَادَ مِنْ دَارِ الْحَرْبِ مُسْلِمًا بَعْدَمَا قُسِمَتْ أَمْوَالُهُ بَيْنَ وَرَثَتِهِ فَإِنَّهُ يَأْخُذُ مَا وَجَدَهُ قَائِمًا بَعْدَ ثُبُوتِ الْمَلِكِ لَهُمْ، بِخِلَافِ بَيْعِ الْفُضُولِيِّ فَإِنَّ الْمَلِكَ فِيهِ لِلْمُشْتَرِي إِنْمَا يَثْبُتُ بَعْدَ إِجَازَةِ الْمَالِكِ يَبْعُهُ فَلَا بُدَّ مِنْ قِيَامِ الْمَحَلِّ لئَلَّا يَلْزَمَ تَمْلِكُ الْعَيْنِ الْمَعْدُومَةِ وَكَمَا يُشْتَرَطُ قِيَامُ الْمَحَلِّ يُشْتَرَطُ قِيَامُ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي وَالْمَالِكِ أَيْضًا، وَسَيَجِيءُ تَمَامُهُ فِي الْبَيُوعِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْمُلْتَقِطُ وَهُوَ ظَاهِرٌ. فَإِنْ قِيلَ كَيْفَ يَصِحُّ تَضَمُّنُهُ وَقَدْ تَصَدَّقَ بِهَا بِإِذْنِ الشَّرْعِ؟ أَجَابَ بِقَوْلِهِ (إِلَّا أَنَّهُ بِإِبَاحَةِ مَنْ جِهَةِ الشَّرْعِ) يَعْنِي أَنَّ الْإِذْنَ كَانَ إِبَاحَةً مِنْهُ لَا إلْزَامًا، وَمِثْلُ ذَلِكَ الْإِذْنَ يُسْقِطُ الْإِثْمَ وَلَا يُنَافِي الضَّمَانَ حَقًّا لِلْعَبْدِ كَمَا فِي تَنَاوُلِ مَالِ الْغَيْرِ حَالَةَ الْمَخْمَصَةِ (وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْمُسْكِينَ) لَمَّا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ (وَإِنْ كَانَتْ الْعَيْنُ قَائِمَةً أَخَذَهَا لِأَنَّهُ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ وَحَاصِلُهُ أَنَّ الْمَالِكَ إِنْ لَمْ يُجِزْ الصَّدَقَةَ فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ تَكُونَ الْعَيْنُ قَائِمَةً فِي يَدِ الْفَقِيرِ أَوْ هَالِكَةً، فَإِنْ كَانَتْ قَائِمَةً أَخَذَهَا، وَإِنْ كَانَتْ هَالِكَةً فَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْمُلْتَقِطُ وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْفَقِيرُ، وَأَيُّهُمَا ضَمَّنَهُ لَا يَرْجِعُ عَلَى صَاحِبِهِ بِشَيْءٍ، فَإِنْ كَلَّا مِنْهُمَا ضَامِنٌ بِفَعْلِهِ: الْمُلْتَقِطُ بِالتَّسْلِيمِ بغيرِ إِذْنِ الْمَالِكِ وَالْفَقِيرُ بِالتَّسْلِيمِ بِدُونِهِ. لَا يُقَالُ: الْفَقِيرُ مَعْرُورٌ مِنْ جِهَةِ الْمُلْتَقِطِ فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ لِأَنَّ التَّعْرِيرَ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي ضِمْنِ عَقْدٍ لَا يُوجِبُ شَيْئًا.

قَالَ (وَيَجُوزُ الِاتِّقَاطُ فِي النِّشَاءِ وَالْبَقْرِ وَالْبَيْعِ) وَقَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ: إِذَا وَجَدَ الْبَيْعُ وَالْبَقْرُ فِي الصَّحْرَاءِ فَالْتَرِكَ أَفْضَلَ. وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ الْفَرَسُ. لَهُمَا أَنَّ الْأَصْلَ فِي أَخْذِ مَالِ الْغَيْرِ الْحَرَمَةُ وَالْإِبَاحَةُ مَخَافَةَ الضِّيَاعِ، وَإِذَا كَانَ مَعَهَا مَا تَدْفَعُ عَنْ نَفْسِهَا يَقِلُّ الضِّيَاعُ وَلَكِنَّهُ يَتَوَهَّمُ فَيَقْضِي بِالْكَرَاهَةِ وَالنَّدْبِ إِلَى التَّرِكِ. وَلَنَا أَنَّهَا لُقْطَةٌ يَتَوَهَّمُ ضَيَاعُهَا فَيَسْتَحَبُّ أَخْذُهَا وَتَعْرِيفُهَا صِيَانَةً لِأَمْوَالِ النَّاسِ كَمَا فِي النِّشَاءِ (فَإِنْ أَنْفَقَ الْمُلْتَقِطُ عَلَيْهَا بِغَيْرِ إِذْنِ الْحَاكِمِ فَهُوَ مُتَبَرِّعٌ) لِقُصُورِ وَلَايَتِهِ عَنْ ذِمَّةِ الْمَالِكِ، وَإِنْ أَنْفَقَ

بِأَمْرِهِ كَانَ ذَلِكَ دَيْنًا عَلَى صَاحِبِهَا لِأَنَّ لِلْقَاضِي وِلَايَةً فِي مَالِ الْغَائِبِ نَظَرًا لَهُ وَقَدْ يَكُونُ النَّظَرُ فِي الْإِنْفَاقِ عَلَى مَا تُبَيِّنُ (وَإِذَا رُفِعَ ذَلِكَ إِلَى الْحَاكِمِ نَظَرَ فِيهِ، فَإِنْ كَانَ لِلْبَهِيمَةِ مَنَفَعَةٌ أَجَرَهَا وَأَنْفَقَ عَلَيْهَا مِنْ أَجَرَتِهَا) لِأَنَّ فِيهِ إِبْقَاءَ الْعَيْنِ عَلَى مِلْكِهِ مِنْ غَيْرِ الزَّامِ الدِّينِ عَلَيْهِ وَكَذَلِكَ يُفْعَلُ بِالْعَبْدِ الْأَبْقَى (وَأِنْ لَمْ تَكُنْ لَهَا مَنَفَعَةٌ وَخَافَ أَنْ تَسْتَعْرِقَ النُّفْقَةَ قِيمَتَهَا بِاعِهَا وَأَمَرَ بِحِفْظِ ثَمَنِهَا) إِبْقَاءً لَهُ مَعْنَى عِنْدَ تَعَذُّرِ إِبْقَائِهِ صُورَةً

(وَإِنْ كَانَ الْأَصْلَحُ الْإِنْفَاقُ عَلَيْهَا أَذِنَ فِي ذَلِكَ وَجَعَلَ النُّفْقَةَ دَيْنًا عَلَى مَالِكِهَا) لِأَنَّهُ نَصَبَ نَاطِرًا وَفِي هَذَا نَظَرٌ مِنَ الْجَانِبَيْنِ، قَالُوا: إِنَّمَا يَأْمُرُ بِالْإِنْفَاقِ يَوْمَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ عَلَى قَدَرِ مَا يَرَى رَجَاءً أَنْ يَظْهَرَ مَالُكُهَا، فَإِذَا لَمْ يَظْهَرَ يَأْمُرُ بِبَيْعِهَا لِأَنَّ دَارَةَ النُّفْقَةِ مُسْتَأْصَلَةٌ فَلَا نَظَرَ فِي الْإِنْفَاقِ مُدَّةً مَدِيدَةً. قَالَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: وَفِي الْأَصْلِ شَرْطُ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ وَهُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ غَصْبًا فِي يَدِهِ فَلَا يَأْمُرُ فِيهِ بِالْإِنْفَاقِ وَإِنَّمَا يَأْمُرُ بِهِ فِي الْوَدِيعَةِ فَلَا بُدَّ مِنَ الْبَيِّنَةِ لِكَشْفِ الْحَالِ وَلَيْسَتْ الْبَيِّنَةُ ثَقَامٌ لِلْقَضَاءِ. وَإِنْ قَالَ لَا بَيِّنَةَ لِي يَقُولُ الْقَاضِي لَهُ أَنْفَقَ عَلَيْهِ إِنْ كُنْتَ صَادِقًا فِيمَا قُلْتَ حَتَّى تَرْجِعَ عَلَى الْمَالِكِ إِنْ كَانَ صَادِقًا، وَلَا يَرْجِعُ إِنْ كَانَ غَاصِبًا. وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ وَجَعَلَ النُّفْقَةَ دَيْنًا عَلَى صَاحِبِهَا إِمَارَةً إِلَى أَنَّهُ إِنَّمَا يَرْجِعُ عَلَى الْمَالِكِ بَعْدَ مَا حَضَرَ وَلَمْ تَبْعِ اللَّقْطَةُ إِذَا شَرَطَ الْقَاضِي الرُّجُوعَ عَلَى الْمَالِكِ، وَهَذِهِ رَوَايَةٌ وَهِيَ الْأَصَحُّ. قَالَ (وَإِذَا حَضَرَ) يَعْنِي (الْمَالِكُ فَلِلْمُلْتَقِطِ أَنْ يَمْنَعَهَا مِنْهُ حَتَّى يُحْضِرَ النُّفْقَةَ) لِأَنَّهُ حَيٌّ بِنَفْقَتِهِ فَصَارَ كَأَنَّهُ اسْتَقْدَادَ الْمَلِكِ مِنْ جِهَتِهِ فَأَشْبَهَ الْمُبْعَ؛ وَأَقْرَبُ مِنْ ذَلِكَ رَأْيُ الْأَبْقَى فَإِنَّ لَهُ الْحَبْسَ لَاسْتِيفَاءِ الْجُعْلِ لَمَّا ذَكَّرْنَا، ثُمَّ لَا يَسْقُطُ دَيْنُ النُّفْقَةِ بِهَلَاكِهِ فِي يَدِ الْمُلتَقِطِ قَبْلَ الْحَبْسِ، وَيَسْقُطُ إِذَا هَلَكَ بَعْدَ الْحَبْسِ لِأَنَّهُ يَصِيرُ بِالْحَبْسِ شَبِيهَ الرُّهْنِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَيَجُوزُ الِاتِّقَاطُ فِي الشَّاةِ وَالْبَقَرِ وَالْبَعِيرِ) ظَاهِرٌ سِوَى أَلْفَاظِ تَذَكُّرِهَا. وَقَوْلُهُ (وَالِإِبَاحَةُ) أَيُّ إِبَاحَةِ الْأَخْذِ. وَقَوْلُهُ (وَإِذَا كَانَ مَعَهَا) أَيُّ مَعَ اللَّقْطَةِ مَا تَدْفَعُ بِهِ عَنْ نَفْسِهَا: يَعْنِي مَا يَهْلِكُهَا كَالْقَرْنِ فِي الْبَقَرِ وَزِيَادَةُ الْقُوَّةِ فِي الْبَعِيرِ بِكَدْمِهِ وَتَفْحِهِ وَكَذَلِكَ فِي الْفَرَسِ. وَقَوْلُهُ (فَيَقْضَى بِالْكَرَاهَةِ) أَيُّ كَرَاهَةِ الْأَخْذِ. وَقَوْلُهُ (وَفِي هَذَا نَظَرٌ مِنَ الْجَانِبَيْنِ) أَيُّ مِنْ جَانِبِ الْمَالِكِ بِإِبْقَاءِ عَيْنِ مَالِهِ، وَمِنْ جَانِبِ الْمُلتَقِطِ بِالرُّجُوعِ عَلَى

الْمَالِكِ بِمَا أَنْفَقَ عَلَى اللَّقْطَةِ.

وَقَوْلُهُ (فَإِذَا لَمْ يَظْهَرْ يَأْمُرُهُ بَبَيْعِهَا) قِيلَ فَإِذَا أَمَرَ بِبَيْعِهَا فَبَيْعَتْ أَعْطَى الْقَاضِي مِنْ ذَلِكَ الثَّمَنِ مَا أَنْفَقَ بِأَمْرِهِ فِي الْيَوْمَيْنِ وَالثَّلَاثَةِ لِأَنَّ الثَّمَنَ مَالُ صَاحِبِهَا وَالتَّفَقُّةُ ذَيْنَ وَاجِبٍ عَلَيْهِ وَهُوَ مَعْلُومٌ لِلْقَاضِي فَبَيْعُهُ عَلَى أَخْذِ حَقِّهِ، لِأَنَّ الْعَرِيمَ إِذَا ظَفَرَ بِجَنْسِ حَقِّهِ كَانَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ فَكَانَ لِلْقَاضِي أَنْ يُعِينَهُ عَلَى ذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (وَفِي الْأَصْلِ شَرْطُ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ) يَعْنِي أَنَّ الْمُتَلَقِّطَ يُقِيمُ الْبَيِّنَةَ عَلَى أَنَّ هَذِهِ الدَّابَّةَ لِقُطَّةٌ عِنْدَهُ. فَإِنْ قِيلَ: الْبَيِّنَةُ إِنَّمَا تُقَامُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ الْمُنْكَرِ وَلَيْسَ بِمَوْجُودٍ هُنَا. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَلَيْسَتْ تُقَامُ لِلْقَضَاءِ) أَيَّ هَذِهِ الْبَيِّنَةُ تُقَامُ لِاسْتِكْشَافِ الْحَالِ بِأَنَّهُ لِقُطَّةٌ لَا لِلْقَضَاءِ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ.

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ قَالَ لَا بَيِّنَةَ لِي) أَيُّ الْمُتَلَقِّطُ قَالَ لَا بَيِّنَةَ لِي عَلَى أَنَّهَا لِقُطَّةٌ عِنْدِي وَلَكِنَّهَا لِقُطَّةٌ يَقُولُ الْقَاضِي لِلْمُتَلَقِّطِ أَنْفَقَ عَلَيْهَا إِنْ كُنْتَ صَادِقًا فِيمَا قُلْتَ، وَإِنَّمَا يَقُولُ بِهَذَا التَّرْدِيدِ حَذَرًا عَنْ لُزُومِ أَحَدِ الضَّرَرَيْنِ، لِأَنَّهُ لَوْ أَمَرَ قَطْعًا تَضَرَّرَ الْمَالِكُ بِسُقُوطِ الضَّمَانِ عَلَى تَقْدِيرِ الْعُصْبِ، وَلَوْ لَمْ يَأْمُرْ تَضَرَّرَ الْمُتَلَقِّطُ عَلَى تَقْدِيرِ اللَّقْطَةِ وَقَدْ أَنْفَقَ عَلَيْهَا. وَقَوْلُهُ (إِذَا شَرَطَ الْقَاضِي الرُّجُوعَ عَلَى الْمَالِكِ) مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ إِنَّمَا يَرْجِعُ: أَيُّ إِنَّمَا يَرْجِعُ الْمُتَلَقِّطُ عَلَى الْمَالِكِ إِذَا شَرَطَ الْقَاضِي الرُّجُوعَ عَلَى الْمَالِكِ، وَهَذِهِ هِيَ الرِّوَايَةُ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا فِي مَسَائِلِ اللَّقِيطِ بِقَوْلِهِ وَالْأَصَحُّ أَنْ يَأْمُرَ الْقَاضِي الْمُتَلَقِّطَ بِالْإِنْفَاقِ عَلَى أَنْ يَكُونَ ذَيْنًا عَلَى اللَّقِيطِ، فَحِينَئِذٍ يَرْجِعُ عَلَى اللَّقِيطِ وَإِلَّا فَلَا، فَهَذَا اخْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ بَعْضِ أَصْحَابِنَا إِنْ مُجَرَّدَ أَمْرِ الْقَاضِي بِالْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ يَكْفِي لِلرُّجُوعِ.

قَالَ (وَإِذَا حَضَرَ: يَعْنِي الْمَالِكُ) كَلَامُهُ ظَاهِرٌ وَقَوْلُهُ (لَمَّا ذَكَرْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّهُ حَيٌّ بِنَفْقَتِهِ، يُقَالُ تَشَدَّتِ الضَّالَّةُ: أَيُّ عَرَفَتْهَا، وَأَنْشَدَهَا: أَيُّ طَلَبْتُهَا. وَمَعْنَى الْحَدِيثِ الَّذِي ذَكَرَهُ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «لَا تَحِلُّ لِقُطَّةٌ مَكَّةَ إِلَّا لِنَشِدِّهَا» أَيُّ طَالِبِهَا، وَهُوَ الْمَالِكُ عِنْدَهُ وَالْمَعْرُوفُ عِنْدَنَا الْعَفَاصُ وَهُوَ الْوِعَاءُ الَّذِي تَكُونُ فِيهِ التَّفَقُّةُ مِنْ جِلْدٍ أَوْ خِرْقَةٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ، وَالْوِكَاءُ الرِّبَاطُ، يُقَالُ أَوْكَى السَّقَاءَ: شَدَّهُ بِالْوِكَاءِ وَهُوَ الرِّبَاطُ الَّذِي يُشَدُّ بِهِ.

قَالَ (وَلِقُطَّةُ الْحِلِّ وَالْحَرَمِ سَوَاءٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَجِبُ التَّعْرِيفُ فِي لِقُطَةِ الْحَرَمِ إِلَى أَنْ يَجِيءَ صَاحِبُهَا لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي الْحَرَمِ: «وَلَا يَحِلُّ لِقُطَّتُهَا إِلَّا

لُنَشِيدٍ»^(١) وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «اعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا ثُمَّ عَرَفْهَا سَنَةً»^(٢) مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ وَلَا نَهَا لُقْطَةً، وَفِي التَّصَدُّقِ بَعْدَ مُدَّةِ التَّعْرِيفِ إِبْقَاءُ مِلْكِ الْمَالِكِ مِنْ وَجْهِ فَيَمْلِكُهُ كَمَا فِي سَائِرِهَا، وَتَأْوِيلُ مَا رُوِيَ أَنَّهُ لَا يَحِلُّ الِاتِّقَاطُ إِلَّا لِلتَّعْرِيفِ، وَالتَّخْصِصُ بِالْحَرَمِ لِبَيَانِ أَنَّهُ لَا يَسْقُطُ التَّعْرِيفُ فِيهِ لَمَّا كَانَ أَنَّهُ لِلْغُرَبَاءِ ظَاهِرًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (إِبْقَاءُ مِلْكِ الْمَالِكِ مِنْ وَجْهِ) يَعْنِي مِنْ حَيْثُ تَحْصِيلُ الثَّوَابِ (فَيَمْلِكُهُ) كَمَا فِي سَائِرِهَا) أَيُّ فِي سَائِرِ اللَّقَطَاتِ (وَتَأْوِيلُ مَا رُوِيَ) مِنْ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا تَحِلُّ لُقْطَتُهَا إِلَّا لُنَشِيدِهَا» أَيُّ لَا يَحِلُّ اتِّقَاطُهَا إِلَّا لِلتَّعْرِيفِ. فَإِنْ قِيلَ مَا وَجْهُ تَخْصِصِ هَذَا الْمَعْنَى بِالْحَرَمِ؟ أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَالْتَّخْصِصُ بِالْحَرَمِ) وَيَبَيِّنُهُ أَنَّ مَكَّةَ شَرَّفَهَا اللَّهُ تَعَالَى مَكَانُ الْغُرَبَاءِ، لِأَنَّ النَّاسَ يَأْتُونَ إِلَيْهَا مِنْ كُلِّ فَجٍّ عَمِيقٍ ثُمَّ يَتَفَرَّقُونَ بِحَيْثُ يَنْدُرُ الرُّجُوعُ إِلَيْهَا، فَالظَّاهِرُ أَنَّهَا لِلْغُرَبَاءِ لَا يُظَنُّ عَوْدَهُمْ فِي سَنَةٍ وَأَكْثَرُ فَيَنْبَغِي أَنْ يَسْقُطَ التَّعْرِيفُ لِعَدَمِ الْفَائِدَةِ، فَأَزَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ذَلِكَ الْوَهْمَ بِقَوْلِهِ: «لَا يَحِلُّ رَفْعُ لُقْطَتِهَا إِلَّا لِمُعْرِفِهَا» كَمَا هُوَ الْحُكْمُ فِي غَيْرِهَا مِنَ الْبِلَادِ.

(وَإِذَا حَضَرَ رَجُلٌ فَادْعَى اللَّقْطَةَ لَمْ تُدْفَعْ إِلَيْهِ حَتَّى يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ. فَإِنْ أَعْطَى عَلَامَتَهَا حَلَّ لِلْمَلْتَقِطِ أَنْ يَدْفَعَهَا إِلَيْهِ وَلَا يُجْبَرُ عَلَى ذَلِكَ فِي الْقَضَاءِ). وَقَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى: يُجْبَرُ، وَالْعَلَامَةُ مِثْلُ أَنْ يُسَمَّى وَزَنَ الدِّرَاهِمَ وَعَدَدَهَا وَوِكَاءَهَا وَعَدَدَهَا. لَهَا أَنْ صَاحِبَ الْيَدِ يُنَازِعُ فِي الْيَدِ وَلَا يُنَازِعُ فِي الْمِلْكِ، فَيُشْتَرَطُ الْوَصْفُ لَوْجُودِ الْمُنَازَعَةِ مِنْ وَجْهِ، وَلَا تُشْتَرَطُ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ لِعَدَمِ الْمُنَازَعَةِ مِنْ وَجْهِ. وَلَنَا أَنَّ الْيَدَ حَقٌّ مَقْصُودٌ كَالْمِلْكِ فَلَا يُسْتَحَقُّ إِلَّا بِحُجَّتِهِ وَهُوَ الْبَيِّنَةُ اعْتِبَارًا بِالْمِلْكِ إِلَّا أَنَّهُ يَحِلُّ لَهُ الدَّفْعُ عِنْدَ إِصَابَةِ الْعَلَامَةِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَعَرَفَ عِفَاصَهَا وَعَدَدَهَا فَادْفَعَهَا إِلَيْهِ»^(٣) وَهَذَا لِلِإِبَاحَةِ عَمَلًا بِالْمَشْهُورِ وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدْعَى» الْحَدِيثُ وَيَأْخُذُ مِنْهُ كَفِيلًا إِذَا كَانَ يَدْفَعُهُ إِلَيْهِ اسْتِثْنَاءً،

(١) أخرجه البخاري في البيوع باب ٢٨، ومسلم في الحج (٤٤٥).

(٢) أخرجه البخاري (٢٤٢٩)، ومسلم في اللقطة (١).

(٣) أخرجه مسلم في اللقطة (٩).

وَهَذَا بِإِذَا خِلَافٍ، لِأَنَّهُ يَأْخُذُ الْكَفِيلَ لِنَفْسِهِ، بِخِلَافِ التَّكْفِيلِ لَوَارِثٍ غَائِبٍ عِنْدَهُ. وَإِذَا صَدَّقَ قِيلَ لَا يُجْبَرُ عَلَى الدَّفْعِ كَالْوَكِيلِ بِقَبْضِ الْوَدِيعَةِ إِذَا صَدَّقَهُ. وَقِيلَ يُجْبَرُ لِأَنَّ الْمَالِكَ هَاهُنَا غَيْرُ ظَاهِرٍ وَالْمُودِعُ مَالِكٌ ظَاهِرٌ، وَلَا يَتَصَدَّقُ بِاللَّقَطَةِ عَلَى غَنِيِّ لَأَنَّ الْمَأْمُورَ بِهِ هُوَ التَّصَدُّقُ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «فَإِنْ لَمْ يَأْتِ» يَعْنِي صَاحِبَهَا، «فَلْيَتَصَدَّقْ بِهِ» وَالصَّدَقَةُ لَا تَكُونُ عَلَى غَنِيٍّ فَأَشْبَهَ الصَّدَقَةَ الْمَفْرُوضَةَ (وَأِنْ كَانَ الْمُلْتَظُّ غَنِيًّا لَمْ يَجْزَلْهُ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَجُوزُ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي حَدِيثِ أَبِي رَضِيٍّ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا فَادْفَعَهَا إِلَيْهِ وَإِلَّا فَانْتَفِعْ بِهَا» وَكَانَ مِنَ الْمَيَاسِيرِ، وَلِأَنَّهُ إِنَّمَا يُبَاحُ لِلْفَقِيرِ حَمَلًا لَهُ عَلَى رَفْعِهَا صَيَانَتَهَا لَهَا وَالْغَنِيُّ يُشَارِكُهُ فِيهِ. وَلَنَا مَا لُغِيٌّ فَلَا يُبَاحُ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ إِلَّا بِرِضَاؤِهِ لِإِطْلَاقِ النُّصُوصِ وَالْإِبَاحَةِ لِلْفَقِيرِ لِمَا رَوَيْنَاهُ، أَوْ بِالِاجْتِمَاعِ فَيَبْقَى مَا وَرَاءَهُ عَلَى الْأَصْلِ، وَالْغَنِيُّ مَحْمُولٌ عَلَى الْأَخْذِ لِاحْتِمَالِ اهْتِقَارِهِ فِي مُدَّةِ التَّعْرِيفِ، وَالْفَقِيرُ قَدْ يَتَوَانَى لِاحْتِمَالِ اسْتِغْنَائِهِ فِيهَا وَانْتِفَاعُ أَبِي ۞ كَانَ يَأْذِنُ الْإِمَامُ وَهُوَ جَائِزٌ يَأْذِنُهُ (وَأِنْ كَانَ الْمُلْتَظُّ فَقِيرًا فَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَنْتَفِعَ بِهَا) لِمَا فِيهِ مِنْ تَحْقِيقِ النَّظَرِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ وَلِهَذَا جَازَ الدَّفْعُ إِلَى فَقِيرٍ غَيْرِهِ (وَكَذَا إِذَا كَانَ الْفَقِيرُ أَبَاهُ أَوْ ابْنَهُ أَوْ زَوْجَتَهُ وَإِنْ كَانَ هُوَ غَنِيًّا) لِمَا ذَكَرْنَا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَهُمَا) أَيُّ لِمَالِكٍ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، حَاصِلُهُ أَنَّ الْمُلْتَظَّ مُنَازَعٌ مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ فَيُكْتَفَى فِي الْحُجَّةِ بِذِكْرِ الْوَصْفِ وَلَا يُحْتَاجُ إِلَى إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ (وَلَنَا أَنَّ الْيَدَ حَقٌّ مَقْصُودٌ كَالْمِلْكِ) بِذَلِيلٍ وَجُوبِ الضَّمَانِ فِي غَضَبِ الْمُدَبِّرِ بِاعْتِبَارِ إِزَالَةِ الْيَدِ لِأَنَّهُ غَيْرُ قَابِلٍ لِلثَّقَلِ مِلْكًا. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) أَيُّ هَذَا الْحَدِيثُ الْأَمْرُ فِيهِ وَهُوَ قَوْلُهُ فَادْفَعَهَا (لِلْإِبَاحَةِ) أَيُّ وَجَبَ حَمْلُهُ عَلَى الْإِبَاحَةِ (لِأَجْلِ الْعَمَلِ بِالْمَشْهُورِ) وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَلْكَرَ» فَإِنَّهُ لَوْ لَمْ يُحْمَلْ عَلَى الْإِبَاحَةِ وَحُمِلَ عَلَى الْوُجُوبِ لَزِمَ التَّعَارُضُ الْمُسْتَلْزِمُ لِلتَّرْكِ.

وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُولَ: الْحَمْلُ عَلَى الْإِبَاحَةِ عَمَلًا بِالْمَشْهُورِ يَسْتَلْزِمُ عَدَمَ جَوَازِ الرِّفْعِ أَيْضًا، لِأَنَّ انْتِفَاءَ الْوُجُوبِ يَسْتَلْزِمُ انْتِفَاءَ الْجَوَازِ. وَالْجَوَابُ أَنَّ الشَّافِعِيَّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى لَمْ يَقُلْ بِانْتِفَاءِ الْجَوَازِ لِانْتِفَاءِ الْوُجُوبِ، وَالْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى هَاهُنَا فِي مَقَامِ الرِّفْعِ

فَجَازَ أَنْ يَدْفَعَهُ عَلَى طَرِيقٍ يَلْتَزِمُهُ الْخَصْمُ. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الْكَفِيلِ لَوَارِثٍ غَائِبٍ عِنْدَهُ) أَيُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَإِنَّمَا وَرَدَ الضَّمِيرُ عَلَيْهِ وَإِنْ لَمْ يَسْبِقْ لَهُ ذِكْرٌ لَشَهْرَةِ حُكْمِ تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ، هَذَا إِذَا دَفَعَ اللَّقْطَةَ بِذِكْرِ الْعَلَامَةِ، أَمَّا إِذَا دَفَعَهَا بِإِقَامَةِ الْحَاضِرِ الْبَيِّنَةِ عَلَى أَنَّهَا لَهُ فَفِي أَخْذِ الْكَفِيلِ عَنْهُ رَوَاتَانِ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَأْخُذُ كَفِيلًا.

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ الْمَالِكَ هَاهُنَا غَيْرُ ظَاهِرٍ) يَعْنِي فَجَازَ أَنْ يَكُونَ الْمَالِكُ هُوَ الَّذِي حَضَرَ، فَلَمَّا أَقْرَأَ الْمُتَلَقِّطُ أَنَّهُ هُوَ الْمَالِكُ كَانَ إِقْرَارُهُ مُلْزِمًا لِلدَّفْعِ إِلَيْهِ (وَأَمَّا الْمُوْدَعُ فَإِنَّهُ مَالِكُ ظَاهِرًا) فَبِالإِقْرَارِ بِالْوَكَالَةِ لَا يَلْزِمُهُ الدَّفْعُ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَالِكٍ يَبْقَيْنِ، ثُمَّ فِي الْوَدِيعَةِ إِذَا دَفَعَ إِلَيْهِ بَعْدَ مَا صَدَّقَهُ وَهَلَكَ فِي يَدِهِ ثُمَّ حَضَرَ الْمُوْدَعُ وَأَنْكَرَ الْوَكَالََةَ وَضَمِنَ الْمُوْدَعُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الْوَكِيلِ بِشَيْءٍ وَهَاهُنَا لِلْمُتَلَقِّطِ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الْقَابِضِ لِأَنَّ هُنَاكَ فِي زَعْمِ الْمُوْدَعِ أَنَّ الْوَكِيلَ عَامِلٌ لِلْمُوْدَعِ فِي قَبْضِهِ لَهُ بِأَمْرِهِ وَأَنَّهُ لَيْسَ بِضَامِنٍ بَلِ الْمُوْدَعُ ظَلَمَ فِي تَضَمُّنِهِ إِيَّاهُ، وَمَنْ ظَلَمَ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَظْلَمَ غَيْرَهُ وَهَاهُنَا فِي زَعْمِهِ أَنَّ الْقَابِضَ عَامِلٌ لِنَفْسِهِ وَأَنَّهُ ضَامِنٌ بَعْدَ مَا ثَبَتَ الْمِلْكُ لغيرِهِ بِالْبَيِّنَةِ فَكَانَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَيْهِ بِمَا ضَمِنَ بِهِذَا، كَذَا فِي الْمَبْسُوطِ.

وَقَوْلُهُ (وَكَانَ مِنَ الْمَيَاسِيرِ) أَيُّ الْأَغْنِيَاءِ جَمَعَ الْمَيْسُورُ ضِدُّ الْمَعْسُورِ. وَقَوْلُهُ (حَمَلًا لَهُ عَلَى رَفْعِهَا) أَيُّ لِيَكُونَ حَامِلًا (وَبَاعِثًا عَلَى رَفْعِهَا) وَقَوْلُهُ (لِإِطْلَاقِ التَّصَوُّصِ) يُرِيدُ بِهِ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَاْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨] إلخ وَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَعْتَدُوا﴾ وَقَوْلُهُ: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤] (قَوْلُهُ وَالْإِبَاحَةُ لِلْفَقِيرِ لَمَّا رَوَيْنَاهُ) يُرِيدُ بِهِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «فَلْيَتَصَدَّقْ بِهِ» (قَوْلُهُ وَالْغَنِيُّ مَحْمُولٌ عَلَى الْأَخْذِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَلَئِنَّهُ إِنَّمَا يُبَاحُ لِلْفَقِيرِ (حَمَلًا لَهُ عَلَى رَفْعِهَا). وَقَوْلُهُ وَاتِّفَاعُ أَبِي جَوَابٌ عَنْ اسْتِدْلَالِهِ بِحَدِيثِ أَبِي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. وَقَوْلُهُ (وَهُوَ جَائِزٌ) أَيُّ الْإِئْتِفَاعُ لِلْغَنِيِّ جَائِزٌ بِإِذْنِ الْإِمَامِ لِأَنَّهُ فِي مَحَلٍّ مُجْتَهَدٍ فِيهِ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا فِيهِ مِنْ تَحْقِيقِ النَّظَرِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ) يَعْنِي نَظَرَ الثَّوَابِ لِلْمَالِكِ وَنَظَرَ الْإِئْتِفَاعِ لِلْمُتَلَقِّطِ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا ذَكَرْنَا) إِشَارَةً إِلَى قَوْلِهِ لَمَّا فِيهِ مِنْ تَحْقِيقِ النَّظَرِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

كِتَابُ الْإِبَاقِ

(الْإِبَاقُ أَخْذُهُ أَفْضَلُ فِي حَقِّ مَنْ يَقْوَى عَلَيْهِ) لَمَّا فِيهِ مِنْ إِحْيَائِهِ، وَأَمَّا الضَّالُّ فَقَدْ قِيلَ كَذَلِكَ، وَقَدْ قِيلَ تَرْكُهُ أَفْضَلُ لِأَنَّهُ لَا يَبْرَحُ مَكَانَهُ فَيَجِدُهُ الْمَالِكُ وَلَا كَذَلِكَ الْإِبَاقُ ثُمَّ أَخِذْ الْإِبَاقُ يَأْتِي بِهِ إِلَى السُّلْطَانِ لِأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى حِفْظِهِ بِنَفْسِهِ، بِخِلَافِ اللَّقْطَةِ، ثُمَّ إِذَا رُفِعَ الْإِبَاقُ إِلَيْهِ يَحْبِسُهُ، وَلَوْ رُفِعَ الضَّالُّ لَا يَحْبِسُهُ لِأَنَّهُ لَا يُؤْمَنُ عَلَى الْإِبَاقِ ثَانِيًا، بِخِلَافِ الضَّالِّ

الشرح:

(كِتَابُ الْإِبَاقِ): قَالَ صَاحِبُ النَّهَائَةِ رَحِمَهُ اللَّهُ: هَذِهِ الْكُتُبُ، أَعْنِي اللَّقِيطَ وَاللَّقْطَةَ وَالْإِبَاقَ وَالْمَقْقُودَ كُتُبٌ يُجَانِسُ بَعْضُهَا بَعْضًا مِنْ حَيْثُ إِنَّ فِي كُلِّ مِنْهَا غُرْضَةٌ الزُّوَالِ وَالْهَلَاكِ. وَالْإِبَاقُ: هُوَ الْهَرَبُ، وَالْإِبَاقُ: هُوَ الْهَارِبُ مِنْ مَالِكِهِ قَصْدًا (وَالْإِبَاقُ أَخْذُهُ أَفْضَلُ فِي حَقِّ مَنْ يَقْوَى) أَيُّ يَقْدِرُ (عَلَيْهِ لَمَّا فِيهِ مِنْ إِحْيَائِهِ) إِذْ الْإِبَاقُ هَالِكٌ فِي حَقِّ الْمَوْلَى فَيَكُونُ الرَّدُّ إِحْيَاءً لَهُ (وَأَمَّا الضَّالُّ) هُوَ الَّذِي لَمْ يَهْتَدِ إِلَى طَرِيقِ مَنْزِلِهِ مِنْ غَيْرِ قَصْدٍ فَقِيلَ إِنَّهُ كَذَلِكَ، وَقِيلَ تَرْكُهُ أَفْضَلُ لِأَنَّهُ لَا يَبْرَحُ مَكَانَهُ فَيَجِدُهُ الْمَالِكُ، وَلَا كَذَلِكَ الْإِبَاقُ، ثُمَّ أَخِذْ الْإِبَاقُ يَأْتِي بِهِ إِلَى السُّلْطَانِ لِأَنَّهُ (لَا يَقْدِرُ عَلَى حِفْظِهِ بِنَفْسِهِ) وَهَذَا اخْتِيَارُ شَمْسِ الْأَثَمَةِ السَّرَخْسِيِّ، وَأَمَّا اخْتِيَارُ شَمْسِ الْأَثَمَةِ الْحُلَوَانِيِّ فَهُوَ أَنَّ الرَّادَّ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ حَفِظَهُ بِنَفْسِهِ وَإِنْ شَاءَ دَفَعَهُ إِلَى الْإِمَامِ، وَكَذَلِكَ الضَّالُّ وَالضَّالَّةُ الْوَاجِدُ فِيهِمَا بِالْخِيَارِ. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ إِذَا دُفِعَ الْإِبَاقُ إِلَيْهِ يَحْبِسُهُ) ظَاهِرٌ.

قَالَ (وَمَنْ رَدَّ الْإِبَاقَ عَلَى مَوْلَاهُ مِنْ مَسِيرَةٍ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَصَاعِدًا فَلَهُ عَلَيْهِ جُعْلُهُ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا، وَإِنْ رَدَّهُ لِأَقَلِّ مِنْ ذَلِكَ فَبِحِسَابِهِ) وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ. وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَكُونَ لَهُ شَيْءٌ إِلَّا بِالشَّرْطِ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى لِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ بِمَنَافِعِهِ فَأَشْبَهَ الْعَبْدَ الضَّالَّ. وَلَنَا أَنَّ الصَّحَابَةَ رِضْوَانُ اللَّهِ عَلَيْهِمْ اتَّفَقُوا عَلَى وَجُوبِ أَصْلِ الْجُعْلِ، إِلَّا أَنَّ مِنْهُمْ مَنْ أَوْجَبَ أَرْبَعِينَ وَمِنْهُمْ مَنْ أَوْجَبَ مَا دُونَهَا، فَأَوْجَبْنَا الْأَرْبَعِينَ فِي مَسِيرَةِ السَّفَرِ وَمَا دُونَهَا فِيمَا دُونَهُ تَوْفِيقًا وَتَلْفِيقًا بَيْنَهُمَا، وَلَأَنَّ إِيْجَابَ الْجُعْلِ أَصْلُهُ حَامِلٌ عَلَى الرَّدِّ إِذِ الْحِسْبَةُ نَادِرَةٌ فَتَحْصُلُ صِيَانَةُ أَمْوَالِ النَّاسِ وَالتَّقْدِيرُ بِالسَّمْعِ وَلَا سَمْعَ فِي الضَّالِّ فَاْمْتَنَعَ، وَلَأَنَّ الْحَاجَةَ إِلَى صِيَانَةِ الضَّالِّ دُونَهَا إِلَى صِيَانَةِ الْإِبَاقِ لِأَنَّهُ لَا يَتَوَارَى وَالْإِبَاقُ

يَخْتَفِي، وَيَقْدَرُ الرُّضْخُ فِي الرَّدِّ عَمَّا دُونَ السَّفَرِ بِاصْطِلَاحِهِمَا أَوْ يُفَوِّضُ إِلَى رَأْيِ الْقَاضِي وَقِيلَ تُقَسَّمُ الْأَرْبَعُونَ عَلَى الْأَيَّامِ الثَّلَاثَةِ إِذْ هِيَ أَقَلُّ مُدَّةِ السَّفَرِ.

قَالَ (وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ أَقَلَّ مِنْ أَرْبَعِينَ يُقْضَى لَهُ بِقِيمَتِهِ إِلَّا دِرْهَمًا) قَالَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: وَهَذَا قَوْلُ مُحَمَّدٍ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: لَهُ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا، لِأَنَّ التَّقْدِيرَ بِهَا ثَبَتَ بِالنَّصِّ فَلَا يَنْقُصُ عَنْهَا وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ الصَّلْحُ عَلَى الزِّيَادَةِ، بِخِلَافِ الصَّلْحِ عَلَى الْأَقَلِّ لِأَنَّهُ حَظٌّ مِنْهُ. وَمُحَمَّدٌ أَنَّ الْمَقْصُودَ حَمْلُ الْغَيْرِ عَلَى الرَّدِّ لِيَحْيَا مَالُ الْمَالِكِ فَيَنْقُصُ دِرْهَمٌ لِيَسْلَمَ لَهُ شَيْءٌ تَحْقِيقًا لِلْمَفَادَةِ، وَأُمُّ الْوَلَدِ وَالْمُدَبِّرُ فِي هَذَا بِمَنْزِلَةِ الْقَنْ إِذَا كَانَ الرَّدُّ فِي حَيَاةِ الْمَوْلَى لِمَا فِيهِ مِنْ أَحْيَاءٍ مِلْكِهِ؛ وَلَوْ رَدَّ بَعْدَ مَمَاتِهِ لَا جُعِلَ فِيهِمَا لِأَنَّهُمَا يَعْتَقَانِ بِالمَوْتِ بِخِلَافِ الْقَنْ، وَلَوْ كَانَ الرَّادُّ أَبَا الْمَوْلَى أَوْ ابْنَهُ وَهُوَ فِي عِيَالِهِ أَوْ أَحَدَ الزَّوْجَيْنِ عَلَى الْآخَرِ فَلَا جُعِلَ لِأَنَّ هَؤُلَاءِ يَتَبَرَّعُونَ بِالرَّدِّ عَادَةً وَلَا يَتَّأَوَّلُهُمْ إِطْلَاقَ الْكِتَابِ.

قَالَ (وَإِنْ أَبَقَ مِنَ الَّذِي رَدَّهُ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ لَكِنْ هَذَا إِذَا أَشْهَدَ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي اللَّقْطَةِ. قَالَ ﷺ وَذَكَرَ فِي بَعْضِ النُّسخ أَنَّهُ لَا شَيْءَ لَهُ، وَهُوَ صَحِيحٌ أَيْضًا لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الْبَائِعِ مِنَ الْمَالِكِ، وَلِهَذَا كَانَ لَهُ أَنْ يَحْبِسَ الْأَبَقَ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الْجُعْلَ بِمَنْزِلَةِ الْبَائِعِ بِحَبْسِ الْمَبِيعِ لَاسْتِيفَاءِ الثَّمَنِ، وَكَذَا إِذَا مَاتَ فِي يَدِهِ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ لَمَّا قُلْنَا. قَالَ (وَلَوْ أَعْتَقَهُ الْمَوْلَى كَمَا لَقِيَهُ صَارَ قَابِضًا بِالْإِعْتَاقِ) كَمَا فِي الْعَبْدِ الْمُشْتَرَى، وَكَانَ إِذَا بَاعَهُ مِنَ الرَّادِّ لِسَلَامَةِ الْبَدَلِ لَهُ، وَالرَّادُّ وَإِنْ كَانَ لَهُ حُكْمُ الْبَيْعِ. لَكِنَّهُ بَيْعٌ مِنْ وَجْهِ فَلَا يَدْخُلُ تَحْتَ النَّهْيِ الْوَارِدِ عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يُقْبَضْ فَجَازَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَنَا أَنَّ الصَّحَابَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ اتَّفَقُوا عَلَى وَجُوبِ أَصْلِ الْجُعْلِ، إِلَّا أَنَّ مِنْهُمْ مَنْ أَوْجَبَ أَرْبَعِينَ وَمِنْهُمْ مَنْ أَوْجَبَ مَا دُونَهَا) قَالَ عُمَرُ ﷺ فِي جُعْلِ الْآبِقِ دِينَارٌ أَوْ اثْنَا عَشَرَ دِرْهَمًا. وَقَالَ عَلِيٌّ ﷺ فِي جُعْلِ الْآبِقِ دِينَارٌ وَعَشْرَةُ دَرَاهِمٍ. وَقَالَ ابْنُ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا. وَقَالَ عَمَّارُ بْنُ يَاسِرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: إِنْ رَدَّهُ فِي الْمِصْرِ فَلَهُ عَشْرَةُ دَرَاهِمٍ، وَإِنْ رَدَّهُ فِي خَارِجِ الْمِصْرِ اسْتَحَقَّ أَرْبَعِينَ (فَأَوْجَبْنَا الْأَرْبَعِينَ فِي مَسِيرَةِ السَّفَرِ وَمَا دُونَهَا فِيمَا دُونَهُ تَوْفِيقًا وَتَلْفِيقًا) أَيَّ جَمْعًا بَيْنَ الرُّوَايَاتِ الْمُتَعَارِضَةِ. فَإِنْ قِيلَ: كَانَ الْوَاجِبُ أَنْ يُؤْخَذَ بِأَقْلِ الْمَقَادِيرِ لِتَيَقُّنِهِ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ لَمْ يُؤْخَذْ

بِالْأَقْلَ لِأَنَّ التَّوْفِيقَ بَيْنَ أَقْوَابِهِمْ مُمَكِّنٌ بِأَنْ يُحْمَلَ قَوْلُ مَنْ أَفْتَى بِالْأَقْلَ عَلَى مَا إِذَا رَدَّهُ مِمَّا دُونَ مَسِيرَةِ السَّفَرِ، وَقَوْلُ مَنْ أَفْتَى بِالْأَكْثَرِ عَلَى مَا إِذَا رَدَّهُ مِنْ مَسِيرَةِ السَّفَرِ، وَهَذَا أَوَّلُ لَأَنَّهُ يُعْمَلُ بِكُلِّ مِنْهُمَا. وَقَوْلُهُ (وَالْتَقْدِيرُ بِالسَّمْعِ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِ الْآبِقِ عَلَى الضَّالِّ فِي عَدَمِ وَجُوبِ الْجُعْلِ.

وَفِي قَوْلِهِ (وَلَأَنَّ الْحَاجَةَ) إِشَارَةٌ إِلَى نَفْيِ الْإِلْحَاقِ دَلَالَةً لَأَنَّهَا تَقْتَضِي التَّسَاوِيَّ بَيْنَ الْأَصْلِ وَالْمُلْحَقِ وَلَيْسَ بِمَوْجُودٍ. وَقَوْلُهُ (وَيُقَدَّرُ الرِّضْخُ) تَفْصِيلٌ لِقَوْلِهِ وَإِنْ رَدَّهُ لِأَقْلٍ مِنْ ذَلِكَ فَبِحَسَابِهِ، فَإِنْ عَمِلُوا بِالْقِسْمَةِ كَانَ لِكُلِّ يَوْمٍ ثَلَاثَةَ عَشَرَ دِرْهَمًا وَثُلُثُ دِرْهَمٍ. قِيلَ وَالْأَشْبَهُ التَّفْوِيضُ إِلَى رَأْيِ الْإِمَامِ. قَوْلُهُ (وَأُمُّ الْوَلَدِ وَالْمُدَبِّرُ فِي هَذَا) أَيُّ فِي وَجُوبِ الْجُعْلِ (بِمَنْزِلَةِ الْقَنْ) لِأَنَّهُمَا مَمْلُوكَانِ لِلْمَوْلَى وَهُوَ يَسْتَكْسِبُهُمَا بِمَنْزِلَةِ الْقَنْ، وَتَعْلِيلُ الْمُصَنِّفِ رَحِمَهُ اللَّهُ بِقَوْلِهِ (لَمَّا فِيهِ مِنْ إِحْيَاءٍ مَلَكَهُ) أَوَّلُ مِنْ تَعْلِيلِ غَيْرِهِ بِقَوْلِهِ لَمَّا فِيهِ مِنْ إِحْيَاءٍ الْمَالِيَّةِ، لِأَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ لَا مَالِيَّةَ فِيهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَقَوْلُهُ (لِأَنَّهُمَا يَعْتَقَانِ بِالْمَوْتِ) بِإِطْلَاقِهِ ظَاهِرًا فِي أُمِّ الْوَلَدِ وَفِي حَقِّ الْمُدَبِّرِ الَّذِي لَا سَعَايَةَ عَلَيْهِ، وَأَمَّا الَّذِي عَلَيْهِ السَّعَايَةُ بِأَنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمَوْلَى مَالٌ سِوَاهُ فَكَذَلِكَ لَا يَسْتَوْجِبُ الْجُعْلُ عَلَى الْوَرَثَةِ لِأَنَّ الْمُسْتَسْعَى كَالْمُكَاتَّبِ عِنْدَهُ وَحُرٌّ مَذْيُونٌ عِنْدَهُمَا، وَلَا جُعْلٌ لِرَادِّ الْمُكَاتَّبِ أَوْ الْحُرِّ (قَوْلُهُ وَلَوْ كَانَ الرَّادُّ أَبَا الْمَوْلَى أَوْ ابْنَهُ وَهُوَ فِي عِيَالِهِ) أَيُّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي عِيَالِهِ ظَاهِرًا، وَلَمْ يَذْكُرْ جَوَابَ مَا إِذَا لَمْ يَكُونَا فِي عِيَالِهِ. وَالْقِيَاسُ أَنَّ يَسْتَحِقُّ كُلٌّ مِنْ ذِي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ الْجُعْلَ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي عِيَالِهِ، لَكِنْ أُسْتَحْسِنَ فَقِيلَ إِذَا وَجَدَ عَبْدَ أَبِيهِ وَلَيْسَ فِي عِيَالِهِ فَلَا جُعْلَ لَهُ لِأَنَّ رَدَّ الْآبِقِ عَلَى أَبِيهِ مِنْ جُمْلَةِ الْخِدْمَةِ، وَخِدْمَةُ الْأَبِ مُسْتَحَقَّةٌ عَلَيْهِ فَلَا جُعْلَ لَهُ عَلَى ذَلِكَ، وَأَمَّا إِذَا وَجَدَ الْأَبُ عَبْدَ ابْنِهِ وَلَيْسَ فِي عِيَالِهِ فَلَهُ الْجُعْلُ لِأَنَّ خِدْمَةَ الْإِبْنِ غَيْرُ مُسْتَحَقَّةٍ عَلَى الْأَبِ. وَقَوْلُهُ (فَلَا يَتَنَاولُهُمْ إِطْلَاقُ الْكِتَابِ) أَيُّ الْقُدُورِيُّ وَهُوَ قَوْلُهُ وَمَنْ رَدَّ الْآبِقَ عَلَى مَوْلَاهُ مِنْ مَسِيرَةِ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ قَالَ وَإِنْ أَبَقَ مِنَ الَّذِي رَدَّهُ) أَيُّ إِذَا أَبَقَ الْآبِقُ مِنَ الَّذِي أَخَذَهُ لِبُرْدِهِ (فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ) أَيُّ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ (لَكِنْ هَذَا إِذَا أَشْهَدَ) عِنْدَ الْأَخْذِ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي اللَّقْطَةِ أَنَّ الْأَخْذَ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ مَأْذُونٌ فِيهِ شَرْعًا.

قَالَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَذَكَرَ فِي بَعْضِ النُّسخِ) أَيُّ نُسَخِ مُخْتَصَرِ الْقُدُورِيِّ (لَا

شَيْءَ لَهُ) أَيْ لَا جُعْلَ لِلرَّادِّ إِذَا أَبْقَى الْآبِقُ مِنْهُ (وَهُوَ صَحِيحٌ أَيْضًا لِأَنَّهُ) أَيْ الرَّادُّ (فِي مَعْنَى الْبَائِعِ مِنَ الْمَالِكِ) لِأَنَّ عَامَّةَ مَنَافِعِ الْعَبْدِ زَالَتْ بِالْإِبَاقِ، وَإِنَّمَا يَسْتَفِيدُهَا الْمَوْلَى بِالرَّدِّ بِمَالٍ يَجِبُ عَلَيْهِ، وَالْبَائِعُ إِذَا هَلَكَ فِي يَدِهِ الْمَبِيعُ سَقَطَ الثَّمَنُ، فَكَذَلِكَ هَاهُنَا يَسْقُطُ الْجُعْلُ، وَاسْتَوْضِحَ ذَلِكَ بِمَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ (وَكَذًا إِذَا مَاتَ فِي يَدِهِ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ لَمَّا قُلْنَا) إِنَّهُ أَمَانَةٌ عِنْدَهُ (وَلَوْ أُعْتَقَهُ الْمَوْلَى) أَيْ أُعْتَقَهُ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَهُ (وَقَتَ لِقَائِهِ صَارَ قَابِضًا بِالْإِعْتِقَاقِ) فَيَجِبُ عَلَيْهِ الْجُعْلُ، وَأَشَارَ بِقَوْلِهِ بِالْإِعْتِقَاقِ إِلَى أَنَّهُ لَوْ دُبِّرَ مَكَانَ الْإِعْتِقَاقِ لَمْ يَصِرْ قَابِضًا.

وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الْإِعْتِقَاقَ إِثْلَافٌ لِلْمَالِيَّةِ فَيَصِيرُ بِهِ قَابِضًا كَمَا لَوْ أُعْتِقَ الْمُشْتَرِي الْعَبْدَ الْمُشْتَرَى قَبْلَ الْقَبْضِ، وَأَمَّا التَّدْبِيرُ فَلَيْسَ بِإِثْلَافٍ لِلْمَالِيَّةِ فَلَا يَصِيرُ بِهِ الْمَوْلَى قَابِضًا إِلَّا أَنْ يَصِلَ إِلَى يَدِهِ (وَكَذًا إِذَا بَاعَهُ مِنَ الرَّادِّ لِسَلَامَةِ الْبَدَلِ لَهُ) وَهَذَا بِخِلَافِ الْهَبَةِ، فَإِنَّ الْمَوْلَى لَا يَصِيرُ بِهَا قَابِضًا قَبْلَ الْوُصُولِ إِلَى يَدِهِ لِأَنَّ فِي الْهَبَةِ قَبْلَ الْقَبْضِ لَمْ يَصِلِ الْعَبْدُ إِلَى يَدِ الْمَوْلَى وَلَا يَدَ لَهُ فَلَا يَكُونُ لَهَا حُكْمُ الْقَبْضِ. وَقَوْلُهُ وَالرَّدُّ وَإِنْ كَانَ لَهُ حُكْمُ الْبَيْعِ جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ قَدْ قُلْتُمْ مِنْ قَبْلُ إِنَّ الرَّدَّ فِي مَعْنَى الْبَيْعِ مِنَ الْمَالِكِ ثُمَّ جَوَزْتُمْ بَيْعَ الْمَالِكِ مِنَ الرَّادِّ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَهُ فَيَجِبُ أَنْ لَا يَجُوزَ لدُخُولِهِ تَحْتَ التَّهْيِ الْوَارِدِ عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يُقْبِضْ، وَتَقْرِيرُ الْجَوَابِ أَنَّ التَّهْيَ عَنْ ذَلِكَ مُطْلَقٌ وَالْمُطْلَقُ يَنْصَرِفُ إِلَى الْكَامِلِ، وَالرَّدُّ لَيْسَ بِبَيْعٍ كَامِلٍ بَلْ هُوَ بَيْعٌ مِنْ وَجْهِ مِنْ حَيْثُ إِعَادَةُ مِلْكِ التَّصَرُّفِ إِلَيْهِ فَقَطْ، لِأَنَّ مِلْكَ الرُّقْبَةِ لَا يَزُولُ عَنِ الْمَوْلَى بِالْإِبَاقِ فَلَا يَكُونُ دَاخِلًا تَحْتَ التَّهْيِ فَيَكُونُ جَائِزًا.

قَالَ (وَيَنْبَغِي إِذَا أَخَذَهُ أَنْ يُشْهَدَ أَنَّهُ يَأْخُذُهُ لِرَدِّهِ) فَالْإِشْهَادُ حَتْمٌ فِيهِ عَلَيْهِ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، حَتَّى لَوْ رَدَّهُ مَنْ لَمْ يُشْهَدِ وَقَتَ الْإِخْذِ لَا جُعْلَ لَهُ عِنْدَهُمَا لِأَنَّ تَرْكَ الْإِشْهَادِ أَمَارَةٌ أَنَّهُ أَخَذَهُ لِنَفْسِهِ وَصَارَ كَمَا إِذَا اشْتَرَاهُ مِنَ الْإِخْذِ أَوْ أَتَاهُ أَوْ وَرِثَهُ فَرَدَّهُ عَلَى مَوْلَاهُ لَا جُعْلَ لَهُ لِأَنَّهُ رَدَّهُ لِنَفْسِهِ، إِلَّا إِذَا أَشْهَدَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ لِرَدِّهِ فَيَكُونُ لَهُ الْجُعْلُ وَهُوَ مُتَبَرِّعٌ فِي آدَاءِ الثَّمَنِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَيَنْبَغِي إِذَا أَخَذَهُ أَنْ يُشْهَدَ أَنَّهُ أَخَذَهُ لِرَدِّهِ) ظَاهِرٌ.

(وَإِنْ كَانَ الْآبِقُ رَهْنًا فَالْجُعْلُ عَلَى الْمُرْتَهِنِ) لِأَنَّهُ أَحْيَا مَا لَيْتُهُ بِالرَّدِّ وَهِيَ حَقُّهُ، إِذْ

الاستيفاء منها والجعل بمقابله إحياء المألية فيكون عليه، والرد في حياة الرهن وبعده سواء، لأن الرهن لا يبطل بالموت، وهذا إذا كانت قيمته مثل الدين أو أقل منه، فإن كانت أكثر فبقدر الدين عليه والباقي على الرهن لأن حقه بالقدر المضمون فصار كتمن الدواء وتخليصه عن الجنابة بالفداء، وإن كان مديوناً فعلى المولى إن اختار قضاء الدين، وإن بيع بدئاً بالجعل والباقي للعرماء لأنه مؤنث الملك والمالك فيه كالموقوف فتجب على من يستقر له، وإن كان جانياً فعلى المولى إن اختار الفداء لعود المنفعة إليه، وعلى الأولياء إن اختار الدفع لعودها إليهم، وإن كان موهوباً فعلى الموهوب له، وإن رجع الواهب في هبته بعد الرد لأن المنفعة للواهب ما حصلت بالرد بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد، وإن كان لصبي فالجعل في ماله لأنه مؤنث ملكه، وإن رده وصيه فلا جعل له لأنه هو الذي يتولى الرد فيه.

الشرح:

وقوله (فإن كان الآبق رهناً) سيأتي الكلام فيه في الرهن إن شاء الله تعالى. وقوله (والجعل بمقابله إحياء المألية) فيه نظر لأنه يلزمه إذا رد أم الولد وما ثمة إحياء المألية عند أبي حنيفة. وأجيب بأنه لا مألية فيها باعتبار الرقبة، ولها مألية باعتبار كسبها لأنه أحق بكسبها وقد أحيا الراد ذلك برده. وقوله (وإن كان مديوناً) أي العبد الآبق إذا كان مديوناً بأن كان مأذوناً له فله حقه الدين في التجارة أو استهلك مال الغير وأقر به مولاه (قوله كالموقوف) يعني بين أن يستقر على المولى متى اختار قضاء الدين وبين أن يصير للعرماء متى اختار البيع، ولما توقف الملك في العبد توقف مؤنث الملك وهو الجعل (قوله وإن كان) أي الآبق موهوباً فالجعل على الموهوب له وإن (رجع الواهب في هبته بعد الرد) وإنما ذكر أن الواصلة هذه لدفع شبهة رد على ما ذكر قبله بقوله فتجب على من يستقر الملك له وبقوله فعلى المولى إن اختار الفداء، فعلى كلا التقديرين كان ينبغي أن يجعل على الواهب لوجود هذين المعنيين في حقه. ووجه الدفع (أن المنفعة للواهب ما حصلت بالرد) أي برد الآبق (بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد) من الهبة والبيع وغيرهما من التصرف الذي يمنع الواهب عن الرجوع في هبته فلا يجب الجعل على الواهب لذلك. فإن قيل: المنفعة حصلت

لِلوَاهِبِ بِالْمَجْمُوعِ وَهُوَ تَرْكُ الْمَوْهُوبِ لَهُ الْفِعْلُ وَرَدُّ الرَّادِّ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ كَانَ كَذَلِكَ، لَكِنَّ تَرْكَ الْمَوْهُوبِ لَهُ الْفِعْلُ آخِرُهُمَا وَجُودًا فَيُضَافُ الْحُكْمُ إِلَيْهِ كَمَا فِي الْقَرَابَةِ مَعَ الْمَلِكِ فَيُضَافُ الْعِنْتُ إِلَى آخِرِهِمَا وَجُودًا، كَذَا هَذَا. وَقَوْلُهُ (وَرَأَى أَنَّهُ كَانَ لَصَبِي إِلَى آخِرِهِ) ظَاهِرٌ وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ.

كِتَابُ الْمَفْقُودِ

(إِذَا غَابَ الرَّجُلُ فَلَمْ يُعْرِفْ لَهُ مَوْضِعٌ وَلَا يُعْلَمُ أَحْيَى هُوَ أَمْ مَيَّتَ نَصَبَ الْقَاضِي مَنْ يَحْفَظُ مَالَهُ وَيَقُومُ عَلَيْهِ وَيَسْتَوْفِي حَقَّهُ) لَأَنَّ الْقَاضِي نَصَبَ نَاطِرًا لِكُلِّ عَاجِزٍ عَنِ النَّظَرِ لِنَفْسِهِ وَالْمَفْقُودُ بِهَذِهِ الصِّفَةِ وَصَارَ كَالصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ، وَفِي نَصَبِ الْحَافِظِ لِمَالِهِ وَالْقَائِمِ عَلَيْهِ نَظَرٌ لَهُ. وَقَوْلُهُ يَسْتَوْفِي حَقَّهُ لِإِحْفَاءِ أَنَّهُ يَقْبِضُ غَلَاتِهِ وَالْدِّينَ الَّذِي أَقْرَبَ بِهِ غَرِيمَ مِنْ غُرْمَائِهِ لِأَنَّهُ مِنْ بَابِ الْحِفْظِ، وَيُخَاصِمُ فِي دَيْنٍ وَجَبَ بِعَقْدِهِ لِأَنَّهُ أَصِيلٌ فِي حُقُوقِهِ، وَلَا يُخَاصِمُ فِي الَّذِي تَوَلَّاهُ الْمَفْقُودُ وَلَا فِي نَصِيبٍ لَهُ فِي عَقَارٍ أَوْ عُرُوضٍ فِي يَدِ رَجُلٍ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالِكٍ وَلَا نَائِبٍ عَنْهُ إِنَّمَا هُوَ وَكِيلٌ بِالْقَبْضِ مِنْ جِهَةِ الْقَاضِي وَأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْخُصُومَةَ بِلَا خِلَافٍ، إِنَّمَا الْخِلَافُ فِي الْوَكِيلِ بِالْقَبْضِ مِنْ جِهَةِ الْمَالِكِ فِي الدِّينِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ يَتَضَمَّنُ الْحُكْمُ بِهِ قَضَاءً عَلَى الْغَائِبِ، وَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِلَّا إِذَا رَأَى الْقَاضِي وَقَضَى بِهِ لِأَنَّهُ مُجْتَهِدٌ فِيهِ، ثُمَّ مَا كَانَ يَخَافُ عَلَيْهِ الْفَسَادَ يَبِيعُهُ الْقَاضِي لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ عَلَيْهِ حِفْظُ صُورَتِهِ وَمَعْنَاهُ فَيَنْتَظِرُ لَهُ بِحِفْظِ الْمَعْنَى (وَلَا يَبِيعُ مَا لَا يَخَافُ عَلَيْهِ الْفَسَادَ فِي نَفَقَتِهِ وَلَا غَيْرَهَا) لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَى الْغَائِبِ إِلَّا فِي حِفْظِ مَالِهِ فَلَا يَسُوغُ لَهُ تَرْكُ حِفْظِ السُّورَةِ وَهُوَ مُمَكِّنٌ.

قَالَ (وَيُنْفِقُ عَلَى زَوْجَتِهِ وَأَوْلَادِهِ مِنْ مَالِهِ) وَلَيْسَ هَذَا الْحُكْمُ مَقْصُورًا عَلَى الْأَوْلَادِ بَلْ يَعْمُ جَمِيعُ قَرَابَةِ الْوِلَادِ. وَالْأَصْلُ أَنَّ كُلَّ مَنْ يَسْتَحِقُّ النَّفَقَةَ فِي مَالِهِ حَالِ حَضَرَتِهِ بِغَيْرِ قَضَاءِ الْقَاضِي يُنْفِقُ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ عِنْدَ غَيْبَتِهِ لِأَنَّ الْقَضَاءَ حِينَئِذٍ يَكُونُ إِعَانَةً، وَكُلُّ مَنْ لَا يَسْتَحِقُّهَا فِي حَضَرَتِهِ إِلَّا بِالْقَضَاءِ لَا يُنْفِقُ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ فِي غَيْبَتِهِ لِأَنَّ النَّفَقَةَ حِينَئِذٍ تَجِبُ بِالْقَضَاءِ وَالْقَضَاءُ عَلَى الْغَائِبِ مُمْتَنِعٌ، فَمِنْ الْأَوَّلِ الْأَوْلَادُ الصِّغَارُ وَالْإِنَاثُ مِنَ الْكِبَارِ وَالزَّمَنِيُّ مِنَ الذُّكُورِ الْكِبَارِ، وَمِنْ الثَّانِي الْأَخُ وَالْأَخْتُ وَالْخَالَ وَالْخَالَتُ. وَقَوْلُهُ مِنْ مَالِهِ مُرَادُهُ الدَّرَاهِمُ وَالْدَنَانِيرُ لِأَنَّ حَقَّهُمْ فِي الْمَطْعُومِ وَالْمَلْبُوسِ فَإِذَا لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ فِي مَالِهِ

يَحْتَاجُ إِلَى الْقَضَاءِ بِالْقِيَمَةِ وَهِيَ النِّقْدَانِ وَالتَّبَرُ بِمَنْزِلَتِهِمَا فِي هَذَا الْحُكْمِ لِأَنَّهُ يَصْلَحُ قِيَمَةً كَالْمَضْرُوبِ، وَهَذَا إِذَا كَانَتْ فِي يَدِ الْقَاضِي، فَإِنْ كَانَتْ وَدِيعَةً أَوْ دَيْنًا يُنْفِقُ عَلَيْهِمْ مِنْهُمَا إِذَا كَانَ الْمُدْعُ وَالْمَدْيُونُ مُقَرَّرَيْنِ بِالْدَّيْنِ الْوَدِيعَةِ وَالنِّكَاحِ وَالنِّسْبِ، وَهَذَا إِذَا لَمْ يَكُونَا ظَاهِرَيْنِ عِنْدَ الْقَاضِي، فَإِنْ كَانَا ظَاهِرَيْنِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى الْإِقْرَارِ، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا ظَاهِرًا الْوَدِيعَةِ وَالْدَّيْنِ أَوِ النِّكَاحِ وَالنِّسْبِ يَشْتَرِطُ الْإِقْرَارَ بِمَا لَيْسَ بِظَاهِرٍ هَذَا هُوَ الصَّحِيحُ. فَإِنْ دَفَعَ الْمُدْعُ بِنَفْسِهِ أَوْ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ بِغَيْرِ أَمْرِ الْقَاضِي يَضْمَنُ الْمُدْعُ وَلَا يُبْرَأُ الْمَدْيُونُ لِأَنَّهُ مَا أَدَّى إِلَى صَاحِبِ الْحَقِّ وَلَا إِلَى نَائِبِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا دَفَعَ بِأَمْرِ الْقَاضِي لِأَنَّ الْقَاضِي نَائِبٌ عَنْهُ، وَإِنْ كَانَ الْمُدْعُ وَالْمَدْيُونُ جَاهِدَيْنِ أَصْلًا أَوْ كَانَا جَاهِدَيْنِ الزَّوْجِيَّةِ وَالنِّسْبِ لَمْ يَنْتَصِبْ أَحَدٌ مِنْ مُسْتَحَقِّي النِّفْقَةِ خَصَمًا فِي ذَلِكَ لِأَنَّ مَا يَدْعِيهِ لِلْعَائِبِ لَمْ يَتَّعِنِ سَبَبًا لثُبُوتِ حَقِّهِ وَهُوَ النِّفْقَةُ، لِأَنَّهَا كَمَا تَجِبُ فِي هَذَا الْمَالِ تَجِبُ فِي مَالٍ آخَرَ لِلْمَقْضُودِ.

الشرح:

كِتَابُ الْمَقْضُودِ: قَدْ تَقَدَّمَ وَجْهُ مُنَاسَبَةِ ذِكْرِ هَذَا الْكِتَابِ هُنَا، وَالْمَقْضُودُ مُشْتَقٌّ مِنْ الْفَقْدِ وَهُوَ فِي اللُّغَةِ مِنَ الْأَضْدَادِ، يُقَالُ فَقَدْتُ الشَّيْءَ: أَيُّ أَضَلَلْتَهُ، وَفَقَدْتُهُ: أَيُّ طَلَبْتَهُ، وَكِلَا الْمَعْنَيْنِ مُتَحَقِّقٌ فِي الْمَقْضُودِ فَقَدْ ضَلَّ عَنْ أَهْلِهِ وَهُمْ فِي طَلْبِهِ. وَذُكِرَ فِي الْكِتَابِ مَا يَدُلُّ عَلَى مَفْهُومِهِ الشَّرْعِيِّ وَهُوَ قَوْلُهُ (إِذَا غَابَ الرَّجُلُ وَلَمْ يُعْرَفْ لَهُ مَوْضِعٌ وَلَمْ يُعْلَمْ أَحْيًى هُوَ أَمْ مَيِّتٌ) وَقَوْلُهُ (نَصَّبَ الْقَاضِي مَنْ يَحْفَظُ مَالَهُ وَيَقُومُ عَلَيْهِ وَيَسْتَوْفِي حَقَّهُ) إِشَارَةً إِلَى بَيَانِ حُكْمِهِ فِي الشَّرْعِ، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ (قَوْلُهُ وَلَا فِي نَصِيبٍ لَهُ فِي عَقَارٍ أَوْ عُرُوضٍ فِي يَدِ رَجُلٍ) بِأَنَّ كَانَ الشَّيْءُ مُشْتَرَكًا بَيْنَ الْمَقْضُودِ وَغَيْرِهِ (قَوْلُهُ وَأَنَّهُ) أَيُّ الْوَكِيلِ مِنَ جِهَةِ الْقَاضِي (لَا يَمْلِكُ الْخُصُومَةَ بِلَا خِلَافٍ، إِنَّمَا الْخِلَافُ فِي الْوَكِيلِ بِالْقَبْضِ مِنَ جِهَةِ الْمَالِكِ فِي الدَّيْنِ) فَإِنَّهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَمْلِكُ الْخُصُومَةَ وَعِنْدَهُمَا لَا يَمْلِكُهَا (وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ) يَعْنِي أَنَّ وَكِيلَ الْقَاضِي لَمَّا لَمْ يَمْلِكِ الْخُصُومَةَ كَانَ حُكْمُ الْقَاضِي بِتَنْفِيدِ الْخُصُومَةِ قَضَاءً بِالْدَّيْنِ لِلْعَائِبِ، وَالْقَضَاءُ عَلَى الْعَائِبِ وَلِلْعَائِبِ لَا يَجُوزُ، لِأَنَّ الْقَضَاءَ لِقَطْعِ الْخُصُومَةِ وَالْخُصُومَةُ مِنَ الْعَائِبِ غَيْرُ مُتَصَوَّرَةٍ (إِلَّا إِذَا رَأَاهُ الْقَاضِي) أَيُّ جَعَلَ ذَلِكَ رَأْيًا لَهُ وَحَكَمَ بِهِ فَحِينَئِذٍ يَجُوزُ، لِأَنَّ الْقَضَاءَ إِذَا لَاقَى

فَصَلَا مُجْتَهِدًا فِيهِ نَفْذَهُ. فَإِنْ قِيلَ: الْمُجْتَهِدُ فِيهِ نَفْسُ الْقَضَاءِ فَيَنْبَغِي أَنْ يَتَوَقَّفَ نَفَاذُهُ عَلَى إِمضَاءِ قَاضٍ آخَرَ كَمَا لَوْ كَانَ الْقَاضِي مَحْدُودًا فِي قَذْفٍ. أُجِيبَ بِأَنَّ الْمُجْتَهِدَ فِيهِ سَبَبٌ لِلْقَضَاءِ وَهُوَ أَنَّ الْبَيِّنَةَ هَلْ تَكُونُ حُجَّةً مِنْ غَيْرِ خَصْمٍ حَاضِرٍ أَوْ لَا، فَإِذَا رَأَاهَا الْقَاضِي حُجَّةً وَقَضَى بِهَا نَفَذَ قَضَاؤُهُ كَمَا لَوْ قَضَى بِشَهَادَةِ الْمَحْدُودِ فِي الْقَذْفِ (قَوْلُهُ) ثُمَّ مَا كَانَ يُخَافُ عَلَيْهِ الْفَسَادُ بِبَيْعِهِ الْقَاضِي (ظَاهِرٌ. قَوْلُهُ وَمِنْ الثَّانِي الْأَخُ وَالْأُخْتُ) إِنَّمَا كَانَ مِنَ الثَّانِي لِأَنَّهَا نَفَقَةٌ ذِي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ (وَهِيَ مُجْتَهِدَةٌ فِيهَا فَلَا تَجِبُ إِلَّا بِالْقَضَاءِ أَوْ الرِّضَا) وَلِهَذَا لَمْ يَكُنْ لَهُمُ الْأَخْذُ بِدُونِ الْقَضَاءِ وَالرِّضَا. وَقَوْلُهُ (فَإِذَا لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ) يَعْنِي الْمَلْبُوسَ وَالْمَطْعُومَ فِي مَالِهِ (قَوْلُهُ وَهَذَا) أَيُّ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ مِنْ إِنْثَاقِ الْقَاضِي عَلَيْهِمْ مِنَ الدَّرَاهِمِ وَالْذَّنَانِيرِ (إِذَا كَانَتْ فِي يَدِ الْقَاضِي) وَهَذَا) أَيُّ الْاِحْتِيَاجِ إِلَى الْإِقْرَارِ إِنَّمَا هُوَ (إِذَا لَمْ يَكُونَا) أَيُّ الدَّيْنِ الْوَدِيعَةِ أَوْ النِّكَاحِ، وَالتَّسَبُّبُ جَعَلَ الدَّيْنَ الْوَدِيعَةَ شَيْئًا وَاحِدًا، وَالنِّكَاحُ وَالتَّسَبُّبُ كَذَلِكَ فَلِذَلِكَ ذَكَرَهُمَا بِلَفْظِ التَّنْبِيَةِ (قَوْلُهُ هَذَا هُوَ الصَّحِيحُ) اخْتِرَارًا عَنْ جَوَابِ الْقِيَاسِ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ إِنَّهُ لَا يُنْفِقُ مِنْهُمَا عَلَيْهِمْ بِالْإِقْرَارِ لِأَنَّ إِقْرَارَ الْمُودَعِ لَيْسَ بِحُجَّةٍ عَلَى الْغَائِبِ، وَهُوَ لَيْسَ بِخَصْمٍ عَنِ الْغَائِبِ وَلَا يُقْضَى عَلَى الْغَائِبِ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَنْهُ خَصْمٌ حَاضِرٌ، وَلَكِنَّا نَقُولُ: الْمُودَعُ مُقَرَّبٌ بَأَنَّ مَا فِي يَدِهِ مِلْكُ الْغَائِبِ، وَأَنَّ لِلزَّوْجَةِ وَالْوَلَدِ حَقَّ الْإِنْثَاقِ مِنْهُ، وَإِقْرَارُ الْإِنْسَانِ فِيمَا فِي يَدِهِ مُعْتَبَرٌ فَيَتَصَبَّبُ هُوَ خَصْمًا بِاعْتِبَارِ مَا فِي يَدِهِ ثُمَّ يَتَعَدَّى الْقَضَاءُ مِنْهُ إِلَى الْمَفْقُودِ.

وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ الْقَاضِيَّ نَائِبٌ عَنْهُ) أُعْطِرَضَ عَلَيْهِ بِأَنَّ الْقَاضِيَّ نَائِبٌ عَنِ الْغَائِبِ فِي الْقَبْضِ لِلْحِفْظِ وَلَا حِفْظَ فِي الْقَبْضِ لِلْإِنْثَاقِ عَلَى هَؤُلَاءِ فَلَا يَكُونُ نَائِبًا. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْقَاضِيَّ نَائِبٌ عَنْهُ فِي إِيفَاءِ مَا عَلَيْهِ مِنَ الْحَقُوقِ كَمَا هُوَ نَائِبٌ عَنْهُ فِي الْحِفْظِ وَلِهَذَا جَازَ لَهُ أَنْ يُوفِيَ مَا عَلَيْهِ مِنَ الدَّيْنِ إِذَا عَلِمَ بِوُجُوبِهِ بِخِلَافِ الْمُودَعِ فَإِنَّهُ نَائِبٌ عَنْهُ فِي الْحِفْظِ فَقَطْ. فَإِنْ قُلْتُ: إِذَا دَفَعَ الْمُودَعُ بَعِيرَ أَمْرِ الْقَاضِي وَجَبَ أَنْ لَا يَضْمَنَ لِأَنَّهُ دَفَعَهَا إِلَى مَنْ فِي عِيَالِ الْمُودَعِ وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ. أُجِيبَ بِأَنَّ الدَّفْعَ إِلَيْهِمْ لَا يُوجِبُهُ إِذَا كَانَ لِلْحِفْظِ وَالدَّفْعُ لِلْإِنْثَاقِ دَفْعٌ لِلْإِثْلَافِ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ مَا يَدْعِيهِ لِلْغَائِبِ) مَعْنَاهُ أَنَّ الْخُصُومَةَ لَا تُسْمَعُ إِلَّا مِنَ الْمَالِكِ أَوْ نَائِبِهِ وَالْمَالِكُ غَائِبٌ وَلَا نَائِبَ لَهُ حَقِيقَةً لِأَنَّهُ لَمْ يُوَكَّلْ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَلَا حُكْمًا لِأَنَّ مَا يَدْعِيهِ لِلْغَائِبِ لَمْ يَتَّعَيْنَ لَهُ سَبَبًا لثُبُوتِ حَقِّهِ (وَهُوَ

النَّفَقَةُ لَأَنَّهَا كَمَا تَجِبُ فِي هَذَا الْمَالِ تَجِبُ فِي مَالٍ آخَرَ لِلْمَقْضُودِ وَلَا يَكُونُ الثَّابِتُ حُكْمًا إِلَّا فِي مِثْلِ ذَلِكَ، وَسَيَجِيءُ تَمَامُهُ فِي كِتَابِ الْقَضَاءِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

قَالَ (وَلَا يُفَرِّقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ امْرَأَتِهِ) وَقَالَ مَالِكٌ: إِذَا مَضَى أَرْبَعُ سِنِينَ يُفَرِّقُ الْقَاضِي بَيْنَهُ وَبَيْنَ امْرَأَتِهِ وَتَعْتَدُ عِدَّةُ الْوَفَاةِ ثُمَّ تَتَزَوَّجُ مَنْ شَاءَتْ لِأَنَّ عُمَرَ ؓ هَكَذَا قَضَى فِي الَّذِي اسْتَهْوَاهُ الْجِنُّ بِالْمَدِينَةِ وَكَفَى بِهِ إِمَامًا، وَلَأَنَّهُ مَنَعَ حَقَّهَا بِالْغَيْبَةِ فَيُفَرِّقُ الْقَاضِي بَيْنَهُمَا بَعْدَ مَضِيِّ مُدَّةٍ اعْتِبَارًا بِالْإِيلَاءِ وَالْعُنَّةِ، وَبَعْدَ هَذَا الْاعْتِبَارِ أَخَذَ الْمِقْدَارَ مِنْهُمَا الْأَرْبَعَ مِنَ الْإِيلَاءِ وَالسِّنِينَ مِنَ الْعُنَّةِ عَمَلًا بِالشَّبْهِينِ. وَلَنَا «قَوْلُهُ ؓ» فِي امْرَأَةٍ الْمَقْضُودِ أَنَّهَا امْرَأَتُهُ حَتَّى يَأْتِيَهَا الْبَيَانُ ^(١). وَقَوْلُ عَلِيٍّ ؓ فِيهَا: هِيَ امْرَأَةٌ أَبْثَلْتُ فَلْتَصْبِرْ حَتَّى يَسْتَبِينَ مَوْتَ أَوْ طَلَاقٍ خَرَجَ بَيَانًا لِلْبَيَانِ الْمَذْكُورِ فِي الْمَرْفُوعِ، وَلَأَنَّ النِّكَاحَ عُرِفَ ثُبُوتُهُ وَالْغَيْبَةُ لَا تُوجِبُ الْفُرْقَةَ وَالْمَوْتُ فِي حَيْزِ الْإِحْتِمَالِ فَلَا يَزَالُ النِّكَاحُ بِالشُّكِّ، وَعُمَرُ ؓ رَجَعَ إِلَى قَوْلِ عَلِيٍّ ؓ وَلَا مُعْتَبَرٌ بِالْإِيلَاءِ لَأَنَّهُ كَانَ طَلَاقًا مُعْجَلًا فَاعْتَبِرَ فِي الشَّرْعِ مُؤْجَلًا فَكَانَ مُوجِبًا لِلْفُرْقَةِ، وَلَا بِالْعُنَّةِ لَأَنَّ الْغَيْبَةَ تَعْقُبُ الْأَوْدَةَ، وَالْعُنَّةُ قَلِمًا تَنْحَلُّ بَعْدَ اسْتِمْرَارِهَا سَنَةً.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يُفَرِّقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ امْرَأَتِهِ) كَلَامُهُ وَاضِحٌ، وَقِصَّةُ مَنْ اسْتَهْوَاهُ الْجِنُّ: أَيْ جَرَّهُ إِلَى الْمَهَاوِي وَهِيَ الْمَهَالِكُ مَا رَوَى عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ أَبِي لَيْلَى قَالَ: أَنَا لَقِيتُ الْمَقْضُودَ فَحَدَّثَنِي حَدِيثَهُ قَالَ: أَكَلْتُ خَزِيرًا فِي أَهْلِي فَخَرَجْتُ فَأَخَذَنِي نَفَرٌ مِنَ الْجِنِّ فَمَكَّنْتُ فِيهِمْ، ثُمَّ بَدَأَ لَهُمْ فِي عَنِّي فَأَعْتَقُونِي ثُمَّ أَتَوْا بِي قَرِيبًا مِنَ الْمَدِينَةِ فَقَالُوا: أَتَعْرِفُ الْخَلِيلَ؟ فَقُلْتُ: نَعَمْ، فَخَلُّوا عَنِّي، فَجِئْتُ فَإِذَا عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ قَدْ أَبَانَ امْرَأَتِي بَعْدَ أَرْبَعِ سِنِينَ وَحَاضَتْ وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا وَتَزَوَّجَتْ، فَخَيَّرَنِي عُمَرُ ؓ بَيْنَ أَنْ يَرُدَّهَا عَلَيَّ وَبَيْنَ الْمَهْرِ.

قَالَ مَالِكٌ: وَهَذَا مِمَّا لَا يَذَرُكَ بِالْقِيَاسِ فَيَحْمَلُ عَلَى الْمَسْمُوعِ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَلَأَنَّهُ مَنَعَ حَقَّهَا بِالْغَيْبَةِ فَيُفَرِّقُ الْقَاضِي بَيْنَهُمَا بَعْدَ مَضِيِّ مُدَّةٍ اعْتِبَارًا بِالْإِيلَاءِ وَالْعُنَّةِ وَالْجَامِعُ بَيْنَهُمَا مَنَعُ الزَّوْجِ حَقَّ الْمَرْأَةِ وَرَفْعُ الضَّرَرِ عَنْهَا، فَإِنَّ الْعَيْنَ يُفَرِّقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ امْرَأَتِهِ بَعْدَ مَضِيِّ سَنَةٍ لِرَفْعِ الضَّرَرِ عَنْهَا، وَبَيْنَ الْمَوْلَى وَامْرَأَتِهِ بَعْدَ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ لِرَفْعِ الضَّرَرِ

(١) أخرجه الدارقطني في السنن (٣/٣١٢)، وانظر نصب الراية (٣/٧١٨).

عَنْهَا، وَلَكِنْ عُدَّ الْمَفْقُودُ أَظْهَرُ مِنْ عُدِّ الْمَوْلَى وَالْعَيْنِ، فَيَتَعَيَّنُ فِي حَقِّهِ الْمُدَّتَانِ فِي التَّرْبِصِ بِأَنْ تُجْعَلَ السَّنُونَ مَكَانَ الشُّهُورِ فَتَرَبَّصُ أَرْبَعَ سِنِينَ (عَمَلًا بِالشَّبْهَيْنِ) (قَوْلُهُ وَلَنَا) ظَاهِرٌ. وَحَاصِلُهُ أَنَّ الْبَيَانَ فِي الْحَدِيثِ الْمَرْفُوعِ إِلَى النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ مُجْمَلٌ، وَقَوْلُ عَلِيٍّ عليه السلام خَرَجَ بَيَانًا لِدَلَالَةِ الْمُبْهَمِ (قَوْلُهُ وَعُمَرُ عليه السلام رَجَعَ إِلَى قَوْلِ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ) رَوَاهُ ابْنُ أَبِي لَيْلَى (قَوْلُهُ وَلَا مُعْتَبَرٌ بِالْإِلْيَاءِ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِ مَالِكٍ فِي صُورَةِ التَّرَاعِ عَلَى الْإِلْيَاءِ وَهُوَ ظَاهِرٌ، فَإِنَّ الْإِلْيَاءَ إِذَا كَانَ طَلَاقًا كَانَ مُزِيلًا لِلْمَلِكِ، بِخِلَافِ الْمَفْقُودِ فَإِنَّهُ لَمْ يَظْهَرْ مِنْهُ طَلَاقٌ لَا مُعْجَلٌ وَلَا مُؤَجَّلٌ (قَوْلُهُ وَلَا بِالْعِنَّةِ) جَوَابٌ عَنْ الْقِيَاسِ بِالْعِنَّةِ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الْعِنَّةَ بَعْدَ مَا اسْتَمَرَّتْ سَنَةً كَانَتْ طَبِيعَةً وَطَبِيعَةُ لَا تَنْحَلُّ فَنَاتِ حَقُّهَا عَلَى التَّائِيدِ فَيَفْرَقُ بَيْنَهُمَا بَعْدَ سَنَةٍ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهَا، بِخِلَافِ امْرَأَةِ الْمَفْقُودِ فَإِنَّ حَقَّهَا مَرَجُوٌّ قَبْلَ مُضِيِّ أَرْبَعِ سِنِينَ وَبَعْدَهُ.

قَالَ (وَإِذَا تَمَّ لَهُ مِائَةٌ وَعِشْرُونَ سَنَةً مِنْ يَوْمِ وُلِدَ حَكَمْنَا بِمَوْتِهِ) قَالَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: وَهَذِهِ رِوَايَةُ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: وَفِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ يُقَدَّرُ بِمَوْتِ الْأَقْرَانِ، وَفِي الْمَرْوِيِّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ بِمِائَةِ سَنَةٍ، وَقَدَرَهُ بَعْضُهُمْ بِتِسْعِينَ، وَالْأَقْيَسُ أَنْ لَا يُقَدَّرَ بِشَيْءٍ. وَالْأَرْفَقُ أَنْ يُقَدَّرَ بِتِسْعِينَ، وَإِذَا حُكِمَ بِمَوْتِهِ اعْتَدَّتْ امْرَأَتُهُ عِدَّةَ الْوَفَاةِ مِنْ ذَلِكَ الْوَقْتِ (وَيُقَسَّمُ مَالُهُ بَيْنَ وَرَثَتِهِ الْمَوْجُودِينَ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ) كَأَنَّهُ مَاتَ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ مُعَايَنَةً إِذَ الْحُكْمِ مُعْتَبَرًا بِالْحَقِيقِيِّ (وَمَنْ مَاتَ قَبْلَ ذَلِكَ لَمْ يَرِثْ مِنْهُ) لِأَنَّهُ لَمْ يُحْكَمْ بِمَوْتِهِ فِيهَا فَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَتْ حَيَاتُهُ مَعْلُومَةً (وَلَا يَرِثُ الْمَفْقُودُ أَحَدًا مَاتَ فِي حَالِ فَقْدِهِ) لِأَنَّ بَقَاءَهُ حَيًّا فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ بِاسْتِصْحَابِ الْحَالِ وَهُوَ لَا يَصْلُحُ حُجَّةً فِي الْاسْتِحْقَاقِ

الشرح:

(قَوْلُهُ وَإِذَا تَمَّ لَهُ مِائَةٌ وَعِشْرُونَ سَنَةً) اخْتَلَفَتْ رِوَايَاتُ أَصْحَابِنَا فِي مُدَّةِ الْمَفْقُودِ؛ فَرَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهَا مِائَةٌ وَعِشْرُونَ سَنَةً مِنْ يَوْمِ وُلِدَ، فَإِذَا مَضَتْ هَذِهِ الْمُدَّةُ حَكَمْنَا بِمَوْتِهِ. قِيلَ: وَهَذَا يَرْجِعُ إِلَى قَوْلِ أَهْلِ الطَّبَائِعِ وَالنُّجُومِ فَإِنَّهُمْ يَقُولُونَ: لَا يَجُوزُ أَنْ يَعِيشَ أَحَدٌ أَكْثَرَ مِنْ هَذِهِ الْمُدَّةِ، وَفِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ يُقَدَّرُ بِمَوْتِ الْأَقْرَانِ فَإِنَّهُ إِذَا لَمْ يَبْقَ أَحَدٌ مِنْ أَقْرَانِهِ حَيًّا حُكِمَ بِمَوْتِهِ لِأَنَّ مَا تَقَعُ الْحَاجَةُ إِلَى مَعْرِفَتِهِ فَطَرِيقُهُ فِي الشَّرْعِ الرَّجُوعُ إِلَى أَمْثَالِهِ كَقِيمِ الْمُتْلِفَاتِ وَمَهْرٍ مِثْلِ النِّسَاءِ، وَبَقَاؤُهُ بَعْدَ مَوْتِ جَمِيعِ أَقْرَانِهِ نَادِرٌ

وَبِنَاءُ الْأَحْكَامِ الشَّرْعِيَّةِ عَلَى الظَّاهِرِ دُونَ النَّادِرِ، وَهَلْ يُعْتَبَرُ بِأَفْرَانِهِ فِي جَمِيعِ الدُّنْيَا أَوْ فِي الْإِقْلِيمِ الَّذِي هُوَ فِيهِ ذِكْرَتَاهُ فِي شَرْحِ الْفَرَائِضِ السَّرَاجِيَّةِ، وَفِي الْمَرْوِيِّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ بِمِائَةِ سَنَةٍ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنْ لَا يَعِيشَ أَحَدٌ فِي زَمَانِنَا أَكْثَرَ مِنْ مِائَةِ سَنَةٍ، وَقَدَّرَ بَعْضُهُمْ بِتِسْعِينَ لِأَنَّهُ مُتَوَسِّطٌ لَيْسَ بِغَالِبٍ وَلَا نَادِرٍ، وَالْأَفْسُ أَفْعَلُ تَفْضِيلٌ لِلْمَفْعُولِ وَهُوَ الْمَقْسُ عَلَى طَرِيقِ الشَّدُودِ كَقَوْلِهِمْ: أَشْغَلُ مِنْ ذَاتِ التَّحِيْنِ أَنْ لَا يُقَدَّرَ بِشَيْءٍ مِنْ الْمَقْدَرَاتِ كَالْمِائَةِ وَالتَّسْعِينَ وَلَكِنَّهُ يُقَدَّرُ بِمَوْتِ الْأَفْرَانِ، لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يُقَدَّرَ بِشَيْءٍ أَصْلًا لَتَعَطَّلَ حُكْمُ الْمَفْقُودِ، وَالْأَرْقُ أَنْ يُقَدَّرَ بِتِسْعِينَ لِأَنَّهُ أَقَلُّ مَا ذُكِرَ فِيهِ مِنَ الْمَقَادِيرِ (قَوْلُهُ وَإِذَا حُكِمَ بِمَوْتِهِ ظَاهِرٌ).

(وَكَذَلِكَ لَوْ أَوْصَى لِلْمَفْقُودِ وَمَاتَ الْمُوصِي) ثُمَّ الْأَصْلُ أَنَّهُ لَوْ كَانَ مَعَ الْمَفْقُودِ وَارِثٌ لَا يُحْجَبُ بِهِ وَلَكِنَّهُ يُنْتَقَصُ حَقُّهُ بِهِ يُعْطَى أَقْلُ النَّصِيبِينَ وَيُوقَفُ الْبَاقِي وَإِنْ كَانَ مَعَهُ وَارِثٌ يُحْجَبُ بِهِ لَا يُعْطَى أَصْلًا. بَيَانُهُ: رَجُلٌ مَاتَ عَنْ ابْنَتَيْنِ وَابْنٍ مَفْقُودٍ وَابْنِ ابْنٍ وَبَنَتِ ابْنٍ وَالْمَالُ فِي يَدِ الْأَجْنَبِيِّ وَتَصَادَقُوا عَلَى فَقْدِ الْإِبْنِ وَطَلَبَتِ الْابْنَتَانِ الْمِيرَاثَ تُعْطِيَانِ النِّصْفَ لِأَنَّهُ مُتَيَقِّنٌ بِهِ وَيُوقَفُ النِّصْفُ الْآخَرُ وَلَا يُعْطَى وَلَدُ الْإِبْنِ لِأَنَّهُمْ يُحْجَبُونَ بِالْمَفْقُودِ، وَلَوْ كَانَ حَيًّا فَلَا يَسْتَحِقُّونَ الْمِيرَاثَ بِالشُّكِّ (وَلَا يُنْزَعُ مِنْ يَدِ الْأَجْنَبِيِّ إِلَّا إِذَا ظَهَرَتْ مِنْهُ خِيَانَةٌ) وَتَطْيِيرُ هَذَا الْحَمَلِ فَإِنَّهُ يُوقَفُ لَهُ مِيرَاثُ ابْنٍ وَاحِدٍ عَلَى مَا عَلَيْهِ الْفَتْوَى، وَلَوْ كَانَ مَعَهُ وَارِثٌ آخَرُ إِنْ كَانَ لَا يَسْقُطُ بِحَالٍ وَلَا يَتَغَيَّرُ بِالْحَمَلِ يُعْطَى كُلُّ نَصِيبِهِ، وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ يَسْقُطُ بِالْحَمَلِ لَا يُعْطَى، وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ يَتَغَيَّرُ بِهِ يُعْطَى الْأَقْلُ لِلتَّيَقُّنِ بِهِ كَمَا فِي الْمَفْقُودِ وَقَدْ شَرَحْنَاهُ فِي كِفَايَةِ الْمُنْتَهَى بِأَنَّهُ مِنْ هَذَا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ..

الشرح:

وَكَذَلِكَ لَوْ أَوْصَى لِلْمَفْقُودِ وَمَاتَ الْمُوصِي) أَيُّ لَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بَلْ تُوقَفُ. وَذُكِرَ فِي الذَّخِيرَةِ: وَإِذَا أَوْصَى رَجُلٌ لِلْمَفْقُودِ بِشَيْءٍ فَإِنِّي لَا أَقْضِي بِهَا وَلَا أُبْطِلُهَا حَتَّى يَظْهَرَ حَالُ الْمَفْقُودِ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ أُخْتُ الْمِيرَاثِ، وَفِي الْمِيرَاثِ تُحْبَسُ حَصَّةُ الْمَفْقُودِ إِلَى أَنْ يَظْهَرَ حَالُهُ، فَكَذَلِكَ فِي الْوَصِيَّةِ، وَالْأَصْلُ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ ظَاهِرٌ (قَوْلُهُ وَتَصَادَقُوا) أَيُّ الْوَرِثَةُ الْمَذْكُورُونَ وَالْأَجْنَبِيُّ، وَإِنَّمَا قِيدَ بِالتَّصَادُقِ لِأَنَّ الْأَجْنَبِيَّ الَّذِي فِي يَدِهِ الْمَالُ إِذَا قَالَ قَدْ مَاتَ الْمَفْقُودُ قَبْلَ أَبِيهِ فَإِنَّهُ يُجْبَرُ عَلَى دَفْعِ الثَّلَاثِينَ إِلَى الْبَنَتَيْنِ، لِأَنَّ

إِقْرَارَ ذِي الْيَدِ فِيمَا فِي يَدِهِ مُعْتَبَرٌ، وَقَدْ أَقْرَأَ أَنَّ ثَلَاثِي مَا فِي يَدِهِ لَهَا فَيَجْبَرُ عَلَى تَسْلِيمِ ذَلِكَ إِلَيْهِمَا.

وَقَوْلُ أَوْلَادِ الْإِبْنِ أَبَوَانَا مَفْقُودٌ لَا يَمْنَعُ إِقْرَارَ ذِي الْيَدِ لَأَنَّهُمْ لَا يَدْعُونَ لَأَنْفُسِهِمْ شَيْئًا بِهَذَا الْقَوْلِ وَيُوقَفُ الْبَاقِي عَلَى يَدِ ذِي الْيَدِ حَتَّى يَظْهَرَ مُسْتَحَقُّهُ، هَذَا إِذَا أَقْرَأَ مَنْ فِي يَدِهِ الْمَالَ، أَمَّا لَوْ جَحَدَ أَنْ يَكُونَ الْمَالُ فِي يَدِهِ لِلْمَيِّتِ فَأَقَامَتِ الْبَيِّنَاتُ الْبَيِّنَةُ أَنَّ أَبَاهُمَا مَاتَ وَتَرَكَ الْمَالَ مِيرَاثًا لَهَا وَلَأَخِيهِمَا الْمَفْقُودِ، فَإِنْ كَانَ حَيًّا فَهُوَ الْوَارِثُ مَعَهُمَا، وَإِنْ كَانَ مَيِّتًا فَوَلَدُهُ الْوَارِثُ مَعَهُمَا فَإِنَّهُ يَدْفَعُ إِلَى الْبَيِّنَتَيْنِ النِّصْفَ لَأَنَّهُمَا بِهَذِهِ الْبَيِّنَةِ ثَبَتَانِ الْمَلِكِ لَأَيَّهِمَا فِي هَذَا الْمَالِ وَالْأَبُ مَيِّتٌ وَأَحَدُ الْوَرَثَةِ يَنْتَصِبُ خَصْمًا عَنِ الْمَيِّتِ فِي اثْبَاتِ الْمَلِكِ لَهُ بِالْبَيِّنَةِ، وَإِذَا ثَبَتَ ذَلِكَ يُدْفَعُ إِلَيْهِمَا الْمُتَقَيَّنُّ وَهُوَ النِّصْفُ، وَيُوقَفُ النِّصْفُ الْبَاقِي عَلَى يَدِ عَدْلٍ، لِأَنَّ الَّذِي فِي يَدِهِ جَحَدَ وَهُوَ غَيْرُ مُؤَمَّنٍ عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا قِيدَ بِقَوْلِهِ وَالْمَالُ فِي يَدِ أَجْنَبِيٍّ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ فِي يَدِ الْبَيِّنَتَيْنِ وَالْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا فَإِنَّ الْقَاضِيَ لَا يَتَّبِعِي لَهُ أَنْ يُحَوَّلَ الْمَالُ مِنْ مَوْضِعِهِ وَلَا يَقِفَ مِنْهُ شَيْئًا لِلْمَفْقُودِ، وَمُرَادُهُ بِهَذَا اللفظ أَنَّهُ لَا يُخْرِجُ شَيْئًا مِنْ أَيْدِيهِمَا لِأَنَّ النِّصْفَ صَارَ بَيْنَهُمَا بَيِّقَيْنِ وَالنِّصْفُ الْبَاقِي لِلْمَفْقُودِ مِنْ وَجْهِ.

وَيُرِيدُ بِقَوْلِهِ وَلَا يَقِفُ مِنْهُ شَيْئًا لِلْمَفْقُودِ أَنْ لَا يَجْعَلَ شَيْئًا مِمَّا فِي يَدِ الْبَيِّنَتَيْنِ مِلْكًا لِلْمَفْقُودِ عَلَى الْحَقِيقَةِ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ الْمَالُ فِي يَدِ وَلَدِي الْإِبْنِ الْمَفْقُودِ فَطَلَبَتْ الْبَيِّنَاتُ مِيرَاثَهُمَا وَاتَّفَقُوا عَلَى أَنَّ الْإِبْنَ مَفْقُودٌ فَإِنَّهُ تُعْطَى الْبَيِّنَاتُ النِّصْفَ وَهُوَ أَذْنَى مَا يُصِيبُهُمَا وَتَرَكَ الْبَاقِي فِي يَدِ وَلَدِي الْإِبْنِ الْمَفْقُودِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُقْضَى بِهِ لَهَا وَلَا لِأَيَّهِمَا، لِأَنَّا لَوْ قَدَرْنَا الْإِبْنَ الْمَفْقُودَ مَيِّتًا كَانَ نَصِيبُهُمَا الثَّلَاثِينَ فَكَانَ النِّصْفُ مُتَقَيَّنًّا بِهِ. قَوْلُهُ (وَنَظِيرُ هَذَا) يَعْنِي الْمَفْقُودَ الْحَمْلُ فِي حَقِّ تَوْقُفِ النِّصْفِ فَإِنَّهُ يُوقَفُ لَهُ مِيرَاثُ ابْنٍ وَاحِدٍ عَلَى مَا عَلَيْهِ الْفَتَاوَى، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي الرِّسَالَةِ وَشَرَحْنَاهَا وَشَرَحَ الْفَرَائِضِ السَّرَاجِيَّةِ فِي عِلْمِ الْفَرَائِضِ.

قَوْلُهُ (وَلَوْ كَانَ مَعَهُ) أَيِّ مَعَ الْحَمْلِ (وَارِثٌ آخَرُ) إِنْ كَانَ لَا يَسْقُطُ بِحَالٍ وَلَا يَتَغَيَّرُ بِالْحَمْلِ يُعْطَى كُلُّ نَصِيبِهِ، كَمَا إِذَا تَرَكَ امْرَأَةً حَامِلًا وَجَدَّةً فَإِنَّ لِلْجَدَّةِ السُّدُسَ لِأَنَّهُ لَا يَتَغَيَّرُ فَرَضُهَا بِالْحَمْلِ، وَكَذَلِكَ إِذَا تَرَكَ ابْنًا وَامْرَأَةً حَامِلًا فَإِنَّ الْمَرْأَةَ تُعْطَى الثُّمَنَ لِأَنَّهُ لَا يَتَغَيَّرُ فَرِضَتُهَا وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ يَسْقُطُ بِالْحَمْلِ لَا تُعْطَى كَابْنِ الْإِبْنِ وَالْأَخِ أَوْ

الْعَمِّ، فَإِنَّهُ لَوْ تَرَكَ امْرَأَةً حَامِلًا وَأَخًا أَوْ عَمًّا لَا يُعْطَى الْأَخُ وَالْعَمُّ شَيْئًا، لِأَنَّهُ مِنْ الْجَائِزِ أَنْ يَكُونَ الْحَمْلُ ابْنًا فَيَسْقُطَ مَعَهُ الْأَخُ وَالْعَمُّ، فَلَمَّا كَانَ مِمَّنْ يَسْقُطُ بِحَالٍ كَانَ أَصْلُ الاستِحْقَاقِ لَهُ مَشْكُوكًا فَلَا يُعْطَى شَيْئًا لَذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ يَتَغَيَّرُ بِهِ يُعْطَى الْأَقْلُ الْمُتَيَقَّنَ بِهِ كَالزَّوْجَةِ وَالْأُمِّ، فَإِنَّهُ إِنْ كَانَ الْحَمْلُ حَيًّا تَرِثُ الزَّوْجَةُ الثُّمَنَ وَالْأُمُّ السُّدُسَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ حَيًّا فَهُمَا يَرِثَانِ الرَّبْعَ وَالثُّلُثَ فَتُعْطِيَانِ الثُّمَنَ وَالسُّدُسَ لِلتَّيَقُّنِ كَمَا فِي الْمَفْقُودِ: يَعْنِي أَنَّهُ إِذَا مَاتَ الرَّجُلُ وَتَرَكَ جَدَّةً وَابْنًا مَفْقُودًا فَلِلْجَدَّةِ السُّدُسُ كَمَا ذَكَرْنَا فِي الْحَمْلِ لِأَنَّهُ لَا يَتَغَيَّرُ نَصِيبُهَا، وَكَذَلِكَ لَوْ تَرَكَ أَخًا وَابْنًا مَفْقُودًا لَا يُعْطَى الْأَخُ شَيْئًا، وَكَذَلِكَ لَوْ تَرَكَ أُمًّا وَابْنًا مَفْقُودًا فَإِنَّهُ إِنْ كَانَ الْمَفْقُودُ حَيًّا تَسْتَحِقُّ الْأُمُّ السُّدُسَ، وَإِنْ كَانَ مَيِّتًا تَسْتَحِقُّ الثُّلُثَ كَمَا فِي الْحَمْلِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

كِتَابُ الشَّرَكَةِ

(الشَّرَكَةُ جَائِزَةٌ) «لَأَنَّهُ ﷺ بُعِثَ وَالنَّاسُ يَتَعَامَلُونَ بِهَا فَقَرَّرَهُمْ عَلَيْهِ»

الشرح:

(كِتَابُ الشَّرَكَةِ): مُنَاسِبَةٌ تَرْتَّبُ الْأُبُوبَ الْمَارَّةَ انْسَاقَتْ إِلَى هَاهُنَا عَلَى الْوُجُوهِ الْمَذْكُورَةِ. وَلَمَّا كَانَ لِلشَّرَكَةِ مُنَاسِبَةٌ خَاصَّةٌ بِالْمَفْقُودِ مِنْ حَيْثُ إِنَّ نَصِيبَ الْمَفْقُودِ مِنْ مَالٍ مُورَثِهِ مُخْتَلَطٌ بِنَصِيبِ غَيْرِهِ كَاخْتِلَاطِ الْمَالَيْنِ فِي الشَّرَكَةِ ذَكَرَهَا عَقِيبُهُ وَهِيَ عِبَارَةٌ عَنْ اخْتِلَاطِ نَصِيبَيْنِ فَصَاعِدًا بِحَيْثُ لَا يُعْرَفُ أَحَدُ النَّصِيبَيْنِ مِنَ الْآخَرِ ثُمَّ سُمِّيَ الْعَقْدُ الْخَاصُّ بِهَا وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ اخْتِلَاطُ النَّصِيبَيْنِ لِأَنَّ الْعَقْدَ سَبَّبَ لَهُ، وَالشَّرَكَةُ جَائِزَةٌ لِأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بُعِثَ وَالنَّاسُ يَتَعَامَلُونَ بِهَا فَقَرَّرَهُمْ عَلَيْهِ وَتَعَامَلَهَا النَّاسُ مِنْ لَدُنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ إِلَى يَوْمِنَا هَذَا مِنْ غَيْرِ نَكِيرٍ مُنْكَرٍ.

قَالَ (الشَّرَكَةُ ضَرْبَانِ: شِرْكَةُ أَمْلَاكٍ، وَشِرْكَةُ عُقُودٍ. فَشِرْكَةُ الْأَمْلَاكِ: الْعَيْنُ يَرِثُهَا رَجُلَانِ أَوْ يَشْتَرِيَانِهَا فَلَا يَجُوزُ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي نَصِيبِ الْآخَرِ إِلَّا بِإِذْنِهِ، وَكُلُّ مِنْهُمَا فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ كَالْأَجْنَبِيِّ) وَهَذِهِ الشَّرَكَةُ تَتَحَقَّقُ فِي غَيْرِ الْمَذْكُورِ فِي الْكِتَابِ كَمَا إِذَا أَتَاهَا رَجُلَانِ عَيْنًا أَوْ مَلَكَاها بِالِاسْتِئْذَانِ أَوْ اخْتَلَطَ مَالُهُمَا مِنْ غَيْرِ صُنْعِ أَحَدِهِمَا أَوْ بِخَلْطِهِمَا خَلْطًا يَمْنَعُ التَّمْيِيزَ رَأْسًا أَوْ إِلَّا بِحَرْجٍ، وَيَجُوزُ بَيْعُ أَحَدِهِمَا نَصِيبَهُ مِنْ شَرِيكِهِ فِي جَمِيعِ الصُّوَرِ وَمِنْ غَيْرِ شَرِيكِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ إِلَّا فِي صُورَةِ الْخَلْطِ وَالْاخْتِلَاطِ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ إِلَّا بِإِذْنِهِ، وَقَدْ بَيَّنَّا الْفَرْقَ فِي كِفَايَةِ الْمُنْتَهَى.

الشرح:

وهي على ضربين: شَرِكَةُ أَمْلَاكٍ، وَشَرِكَةُ عُقُودٍ، وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (خَلَطًا يَمْنَعُ التَّمْيِيزَ رَأْسًا) كَخَلَطِ الْحِنِطَةِ بِالْحِنِطَةِ، أَوْ إِلَّا بِحَرْجٍ كَخَلَطِهَا بِالشَّعِيرِ. وَقَوْلُهُ (فَائُهُ لَا يَجُوزُ) يَعْنِي الْبَيْعَ (مِنَ الْأَجْنَبِيِّ) إِلَّا بِإِذْنِ شَرِيكِهِ. وَقَوْلُهُ (وَقَدْ بَيَّنَّا الْفَرْقَ فِي كِفَايَةِ الْمُتَنَهَّى) قِيلَ الْفَرْقُ أَنَّ خَلَطَ الْجِنْسِ بِالْجِنْسِ عَلَى سَبِيلِ التَّعَدِّي سَبَبٌ لَزَوَالِ الْمِلْكِ عَنِ الْمُخْلُوطِ إِلَى الْخَالِطِ، فَإِذَا حَصَلَ بِغَيْرِ تَعَدٍّ كَانَ سَبَبُ الزَّوَالِ ثَابِتًا مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِهِ، فَاعْتَبِرَ نَصِيبُ كُلِّ وَاحِدٍ زَائِلًا إِلَى الشَّرِيكِ فِي حَقِّ الْبَيْعِ مِنَ الْأَجْنَبِيِّ غَيْرَ زَائِلٍ فِي حَقِّ الْبَيْعِ مِنَ الشَّرِيكِ كَأَنَّهُ يَبِيعُ مِلْكَ نَفْسِهِ عَمَلًا بِالشَّبْهَيْنِ.

(وَالضَّرْبُ الثَّانِي: شَرِكَةُ الْعُقُودِ، وَرُكْنُهَا الْإِجَابُ وَالْقَبُولُ، وَهُوَ أَنْ يَقُولَ أَحَدُهُمَا شَارَكَتُكَ فِي كَذَا وَكَذَا وَيَقُولُ الْآخَرُ قَبِلْتُ) وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ التَّصَرُّفُ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ عَقْدَ الشَّرِكَةِ قَابِلًا لِلوَكَالَةِ لِيَكُونَ مَا يُسْتَفَادُ بِالتَّصَرُّفِ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا فَيَتَحَقَّقُ حُكْمُهُ الْمَطْلُوبُ مِنْهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (قَابِلًا لِلوَكَالَةِ) احْتِرَازٌ عَنِ الشَّرِكَةِ فِي التَّكَذِّبِ وَالِاخْتِشَاشِ وَالِاخْتِطَابِ وَالِاصْطِلَاحِ، فَإِنَّ الْمَلِكَ فِي هَذِهِ الصُّورِ يَقَعُ لَنْ بَاشَرَ سَبَبُهُ خَاصًّا لَا عَلَى وَجْهِ الْإِشْتِرَاكِ: أَيُّ شَرِكَةِ الْعُقُودِ كُلِّهَا مُتَضَمِّنَةٌ لِعَقْدِ الْوَكَالَةِ، ثُمَّ شَرِكَةُ الْمَفَاوِضَةِ مِنْ بَيْنِهَا مَخْصُوصَةٌ بِتَضَمُّنِ عَقْدِ الْكِفَالَةِ. ثُمَّ عُلِّلَ تَضَمُّنُ هَذِهِ الْعُقُودِ الْكِفَالَةَ بِقَوْلِهِ (لِيَكُونَ مَا يُسْتَفَادُ بِالتَّصَرُّفِ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا فَيَتَحَقَّقُ حُكْمُهُ الْمَطْلُوبُ مِنْهُ) أَيُّ مِنْ عَقْدِ الشَّرِكَةِ، وَشَرَحَ هَذَا أَنَّ هَذِهِ الْعُقُودَ إِنَّمَا تَضَمَّنَتْ الْوَكَالَةَ لِأَنَّ مِنْ حُكْمِ الشَّرِكَةِ ثُبُوتَ الْإِشْتِرَاكِ فِي الْمُسْتَفَادِ بِالتَّجَارَةِ، وَلَا يَصِيرُ الْمُسْتَفَادُ بِالتَّجَارَةِ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا إِلَّا أَنْ يَكُونَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَكِيلًا عَنِ صَاحِبِهِ فِي النِّصْفِ وَفِي النِّصْفِ عَامِلًا لِنَفْسِهِ حَتَّى يَصِيرَ الْمُسْتَفَادُ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا فَصَارَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَكِيلًا عَنِ صَاحِبِهِ بِمُقْتَضَى عَقْدِ الشَّرِكَةِ.

(ثُمَّ هِيَ أَرْبَعَةٌ أَوْجُهُ: مَفَاوِضَةٌ، وَعِثَانٌ، وَشَرِكَةُ الصَّنَائِعِ، وَشَرِكَةُ الْوُجُوهِ. فَأَمَّا شَرِكَةُ الْمَفَاوِضَةِ فَهِيَ أَنْ يَشْتَريكَ الرَّجُلَانِ فَيَتَسَاوَيَانِ فِي مَالِهِمَا وَتَصَرُّفِهِمَا وَدَيْنِهِمَا)

لأنَّهَا شِرْكَةٌ عَامَّةٌ فِي جَمِيعِ التِّجَارَاتِ يُفَوِّضُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَمْرَ الشَّرِكَةِ إِلَى صَاحِبِهِ عَلَى الْإِطْلَاقِ إِذْ هِيَ مِنَ الْمَسَاوَةِ، قَالَ قَائِلُهُمْ:

لَا يُصْلِحُ النَّاسُ فَوْضَى لَا سُرَاةَ لَهُمْ وَلَا سُرَاةَ إِذَا جُهِلَ لَهُمْ سَادُوا
أَيُّ مُتَسَاوِينَ. فَلَا بُدَّ مِنْ تَحْقِيقِ الْمَسَاوَةِ ابْتِدَاءً وَانْتِهَاءً وَذَلِكَ فِي الْمَالِ، وَالْمُرَادُ بِهِ مَا
تَصِحُّ الشَّرِكَةُ فِيهِ، وَلَا يُعْتَبَرُ التَّفَاضُلُ فِيمَا لَا يَصِحُّ الشَّرِكَةُ فِيهِ، وَكَذَا فِي التَّصَرُّفِ،
لأنَّه لَوْ مَلَكَ أَحَدُهُمَا تَصَرُّفًا لَا يَمْلِكُ الْآخَرُ لَفَاتَ التَّسَاوِي، وَكَذَلِكَ فِي الدَّيْنِ لَمَّا تُبَيَّنَ
إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَهَذِهِ الشَّرِكَةُ جَائِزَةٌ عِنْدَنَا اسْتِحْسَانًا. وَفِي الْقِيَاسِ لَا تَجُوزُ، وَهُوَ
قَوْلُ الشَّافِعِيِّ. وَقَالَ مَالِكٌ: لَا أَعْرِفُ مَا الْمَفَاوِضَةُ. وَجَهُ الْقِيَاسِ أَنَّهَا تَضَمَّنَتْ الْوَكَالَتَ
بِمَجْهُولِ الْجِنْسِ وَالْكَفَالَةَ بِمَجْهُولٍ، وَكُلُّ ذَلِكَ بِإِنْفِرَادِهِ فَاسِدٌ.

وَجَهُ الْإِسْتِحْسَانِ قَوْلُهُ ﷺ «فَاوْضُوا فَإِنَّهُ أَعْظَمُ لِلْبَرَكَةِ» ^(١) وَكَذَا النَّاسُ
يُعَامِلُونَهَا مِنْ غَيْرِ تَكْيِيرٍ وَبِهِ يَتْرَكُ الْقِيَاسُ وَالْجَهَالَةُ مُتَحَمِّلَةٌ تَبَعًا كَمَا فِي الْمَضَارِبَةِ وَلَا
تَتَعَقَّدُ إِلَّا بِلَفْظَةِ الْمَفَاوِضَةِ لِبُعْدِ شَرَائِطِهَا عَنْ عِلْمِ الْعَوَامِّ، حَتَّى لَوْ بَيَّنَّا جَمِيعَ مَا تَقْتَضِيهِ
تَجُوزُ لِأَنَّ الْمُعْتَبَرَ هُوَ الْمَعْنَى.

قَالَ (فَتَجُوزُ بَيْنَ الْحَرِّينِ الْكَبِيرَيْنِ مُسْلِمَيْنِ أَوْ ذِمِّيَّيْنِ لَتَحَقُّقِ التَّسَاوِي، وَإِنْ كَانَ
أَحَدُهُمَا كِتَابِيًّا وَالْآخَرُ مَجُوسِيًّا تَجُوزُ أَيْضًا) لَمَّا قُلْنَا (وَلَا تَجُوزُ بَيْنَ الْحُرِّ وَالْمَمْلُوكِ وَلَا
بَيْنَ الصَّبِيِّ وَالْبَالِغِ) لِانْعِدَامِ الْمَسَاوَةِ، لِأَنَّ الْحُرَّ الْبَالِغَ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ وَالْكَفَالَةَ، وَالْمَمْلُوكُ
لَا يَمْلِكُ وَاحِدًا مِنْهُمَا إِلَّا بِإِذْنِ الْمَوْلَى، وَالصَّبِيُّ لَا يَمْلِكُ الْكَفَالَةَ وَلَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ إِلَّا
بِإِذْنِ الْوَلِيِّ. قَالَ (وَلَا بَيْنَ الْمُسْلِمِ وَالْكَافِرِ) وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَجُوزُ لِلتَّسَاوِي بَيْنَهُمَا فِي الْوَكَالَةِ وَالْكَفَالَةِ، وَلَا مُعْتَبَرُ بَرْيَادَةٍ
تَصَرُّفٍ يَمْلِكُهُ أَحَدُهُمَا كَالْمَفَاوِضَةِ بَيْنَ الشُّفْعَوِيِّ وَالْحَنْفِيِّ فَإِنَّهَا جَائِزَةٌ. وَيَتَفَاوَتَانِ فِي
التَّصَرُّفِ فِي مَتْرُوكِ التَّسْمِيَةِ، إِلَّا أَنَّهُ يُكْرَهُ لَأَنَّ الدَّمِيَّ لَا يَهْتَدِي إِلَى الْجَائِزِ مِنَ الْعُقُودِ.
وَلَهُمَا أَنَّهُ لَا تَسَاوِي فِي التَّصَرُّفِ، فَإِنَّ الدَّمِيَّ لَوْ اشْتَرَى بِرَأْسِ الْمَالِ خُمُورًا أَوْ خَنَازِيرَ
صَحَّ، وَلَوْ اشْتَرَاهَا مُسْلِمٌ لَا يَصِحُّ.

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٧٢٢): غريب.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (تُمْ هِيَ أَرْبَعَةٌ أَوْجُهُ) ذُكِرَ فِي وَجْهِ الْحَصْرِ عَلَى ذَلِكَ أَنَّ الشَّرِيكَينِ إِمَّا أَنْ يَذْكُرَا الْمَالَ فِي الْعَقْدِ أَوْ لَا. فَإِنْ ذَكَرَا، فَإِمَّا أَنْ يَلْزِمَ اشْتِرَاطُ الْمُسَاوَاةِ فِي ذَلِكَ الْمَالِ فِي رَأْسِهِ وَرَبْحِهِ أَوْ لَا. فَإِنْ لَزِمَ فَهِيَ الْمَفَاوِضَةُ وَإِلَّا فَالْعِنَانُ، وَإِنْ لَمْ يَذْكُرَاهُ فَإِمَّا أَنْ يُشْتَرَطَ الْعَمَلُ فِيمَا بَيْنَهُمَا فِي مَالِ الْغَيْرِ أَوْ لَا، فَالْأَوَّلُ الصَّنَائِعُ وَالثَّانِي الْوُجُوهُ. وَمَعْنَى الْبَيْتِ: لَا يَصْلُحُ أُمُورُ النَّاسِ حَالُ كَوْنِهِمْ مُتَسَاوِينَ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُمْ أُمَرَاءُ وَسَادَاتٌ، فَإِنَّهُمْ إِذَا كَانُوا مُتَسَاوِينَ تَتَحَقَّقُ الْمُنَازَعَةُ بَيْنَهُمْ، وَالسَّرَاةُ جَمْعُ السَّرِيِّ وَهُوَ جَمْعٌ عَزِيزٌ لَا يُعْرَفُ غَيْرُهُ. وَقِيلَ هُوَ اسْمُ جَمْعٍ لِلْسَّرِيِّ. وَقَوْلُهُ (فَلَا بُدَّ مِنْ تَحَقُّقِ الْمُسَاوَاةِ ابْتِدَاءً وَانْتِهَاءً) أَمَّا ابْتِدَاءُ فَظَاهِرٌ بِنَاءٍ عَلَى مَا ذُكِرَ مِنْ مَأْخَذِ اشْتِقَاقِهِ، وَأَمَّا انْتِهَاءُ فَلَأَنَّ الْمَفَاوِضَةَ مِنَ الْعُقُودِ الْجَائِزَةِ، فَإِنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَلَايَةَ الْامْتِنَاعِ بَعْدَ عَقْدِ الشَّرِكَةِ فَكَانَ لِدَوَامِهَا حُكْمُ الْابْتِدَاءِ، وَفِي ابْتِدَاءِ الْمَفَاوِضَةِ تُشْتَرَطُ الْمُسَاوَاةُ فَكَذَا فِي الْانْتِهَاءِ وَقَوْلُهُ (وَذَلِكَ) أَيُّ تَحَقُّقِ الْمُسَاوَاةِ فِي الْمَالِ، وَالْمُرَادُ بِهِ مَا تَصِحُّ الشَّرِكَةُ فِيهِ، وَلَا يُعْتَبَرُ التَّفَاضُلُ فِيمَا لَا تَصِحُّ فِيهِ الشَّرِكَةُ كَالْعُرُوضِ وَالذُّيُونِ وَالْعَقَارِ، حَتَّى لَوْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا عُرُوضٌ أَوْ ذُيُونٌ عَلَى النَّاسِ لَا تَبْطُلُ الْمَفَاوِضَةُ مَا لَمْ تُقْبَضِ الذُّيُونُ.

وَقَوْلُهُ (كُلُّ ذَلِكَ بِانْفِرَادِهِ فَاسِدٌ) أَيُّ كُلِّ مِنَ الْوَكَالَةِ وَالْكَفَالَةِ فِي الْمَجْهُولِ فَاسِدٌ، حَتَّى لَوْ وَكَّلَ رَجُلًا وَقَالَ وَكَلْتُكَ بِالشِّرَاءِ أَوْ بِشِرَاءِ الثَّوْبِ كَانَ فَاسِدًا، وَكَذَلِكَ الْكَفَالَةُ لِلْمَجْهُولِ بِالْمَعْلُومِ بَاطِلٌ، فَالْكَفَالَةُ لِلْمَجْهُولِ بِالْمَجْهُولِ أُولَى بِالْبُطْلَانِ. فَإِنْ قِيلَ: الْوَكَالَةُ الْعَامَّةُ جَائِزَةٌ كَمَا إِذَا قَالَ لَأَخَوَ وَكَلْتُكَ فِي مَالِي اصْنَعْ مَا شِئْتَ فَإِنَّهُ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مَالِهِ. أُجِيبَ بِأَنَّ الْعُمُومَ لَيْسَ بِمُرَادِ هَاهُنَا، فَإِنَّهُ لَا تُثَبِّتُ الْوَكَالَةُ فِي حَقِّ شِرَاءِ الطَّعَامِ وَالْكِسْوَةِ لِأَهْلِهِ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ عَامًّا كَانَ تَوْكِيلًا بِمَجْهُولِ الْجِنْسِ فَلَا يَجُوزُ (قَوْلُهُ) وَالْجَهَالَةُ مُتَحَمِّلَةٌ تَبَعًا كَمَا فِي الْمُضَارَبَةِ يَعْنِي: الْوَكَالَةُ بِمَجْهُولِ الْجِنْسِ مَوْجُودَةٌ فِي الْمُضَارَبَةِ وَهِيَ جَائِزَةٌ هُنَاكَ تَبَعًا فَكَذَلِكَ هَاهُنَا، أَلَا تَرَى أَنَّ شَرِكَةَ الْعِنَانِ تَصِحُّ وَإِنْ تَضَمَّنَتْ ذَلِكَ لِأَنَّ مَا يَشْتَرِيهِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا غَيْرُ مُسَمًّى عِنْدَ الْعَقْدِ فَكَذَلِكَ الْمَفَاوِضَةُ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ الْمُعْتَبَرَ هُوَ الْمَعْنَى دُونَ اللَّفْظِ) يُوضِّحُهُ أَنَّ الْكَفَالَةَ بِشَرَطِ بَرَاءَةِ الْأَصِيلِ حَوَالَةً، وَالْحَوَالَةُ بِشَرَطِ ضَمَانِ الْأَصِيلِ كِفَالَةً. وَقَوْلُهُ (لَمَّا قُلْنَا) إِشَارَةً إِلَى قَوْلِهِ لَتَحَقَّقِ

التساوي: أي في كونهما ذميين. وقوله (ولا تجوز) أي المفاوضة بين الحر وبين المملوك ظاهر. واعتراض على قوله ولهما أنه لا تساوي في التصرف بأن المفاوضة تصح بين الكتابي والمجوسي مع أنهما لا يتساويان في التصرف، فإن المجوسي يتصرف في الموقوذة لا اعتقاده المالية فيها، والكتابي لا يتصرف فيها، وكذلك الكتابي يؤجر نفسه للذبح دون المجوسي لأن ذبحته لا تحل، وكذلك تصح بين الحنفي والشافعي مع وجود التفاوت بينهما كما قال أبو يوسف.

وأجيب بأن عدم المساواة مبطل للعقد لا محالة، والتفاوت في الموقوذة لم يعتبر لأن من جعل الموقوذة مالا متقومًا لا يفصل فيه بين الكتابي والمجوسي فتتحقق المساواة، وأما مؤجره نفسه للذبح فإن المساواة بينهما ثابتة في ذلك معنى لأن كل واحد من الكتابي والمجوسي من أهل أن يتقبل ذلك العمل على أن يقيمه بنفسه أو بنائيه، وإجارة المجوسي للذبح صحيحة يستوجب بها الأجر وإن كان لا تحل ذبحته. وأما مسألة الحنفي والشافعي فإن المساواة بينهما ثابتة، لأن الدلالة قامت على أن متروك التسمية عامدا ليس بمال متقوم، ولا يجوز التصرف فيه للحنفي والشافعي جميعا لثبوت ولاية الإلزام بالمحاجة فتتحقق المساواة بينهما في المال والتصرف.

(ولا يجوز بين العبد وبين الصبي ولا بين المكاتبين) لانعدام صحته الكفالة، وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها، ولا يشترط ذلك في العنان كان عنانا لاستجماع شرائط العنان، إذ هو قد يكون خاصا وقد يكون عاما.

الشرح:

وقوله (ولا بين الصبيين) يعني وإن أذن لهما أبوهما لأن مبني المفاوضة على الكفالة وهما ليسا من أهل ذلك، وكذلك المكاتبان. وقوله (إذ هو) أي العنان قد يكون خاصا وقد يكون عاما: يعني قد يكون عاما في أنواع التجارة وقد يكون في نوع خاص منها، والمفاوضة عامة فيها فجاز أن يذكر لفظ المفاوضة ويراد معنى العنان، كما يجوز إثبات معنى الخصوص بلفظ العموم.

قال (وتنعقد على الوكالة والكفالة) أما الوكالة فلتتحقق المقصود وهو الشركة في المال على ما بيناه، وأما الكفالة فلتتحقق المساواة فيما هو من مواجب التجارات وهو توجه

المطالبة نحوهما جميعاً. قال (وما يشتريه كل واحد منهما يكون على الشركة إلا طعام أهله وكسوتهم) وكذا كسوته، وكذا الإدام لأن مقتضى العقد المساواة، وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرف، وكان شراء أحدهما كثيراً لهما، إلا ما استثناه في الكتاب، وهو استحسان لأنه مستثنى عن المفاوضة للضرورة، فإن الحاجة الراتبية معلومة الوقوع، ولا يمكن إيجابه على صاحبه ولا التصرف من ماله، ولا بد من الشراء فيختص به ضرورة. والقياس أن يكون على الشركة لما بيننا (وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء) المشتري بالأصالة وصاحبه بالكفالة، ويرجع الكفيل على المشتري بحصته مما أدى لأنه قضى ديناً عليه من مال مشترك بينهما. قال (وما يلزم كل واحد منهما من الديون بدلاً عما يصح فيه الاشتراك فالآخر ضامن له) تحقيقاً للمساواة، فمما يصح الاشتراك فيه الشراء والبيع والاستئجار، ومن القسم الآخر الجنائية والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة.

قال (ولو كفل أحدهما بمال عن أجني لزم صاحبه عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يلزمه) لأنه تبرع، ولهذا لا يصح من الصبي والعبد المأذون والمكاتب، ولو صدر من المريض يصح من الثلث وصار كالإقراض والكفالة بالنفس. ولأبي حنيفة أنه تبرع ابتداءً ومعاوضةً بقاءً لأنه يستوجب الضمان بما يؤدي على المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره، فيالنظر إلى البقاء تتضمنه المفاوضة، وبالنظر إلى الابتداء لم تصح ممن ذكره وتصح من الثلث من المريض، بخلاف الكفالة بالنفس لأنها تبرع ابتداءً وانتهاءً. وأما الإقراض فعن أبي حنيفة أنه يلزم صاحبه، ولو سلم فهو إعارة فيكون مثلها حكم عينها لا حكم البدل حتى لا يصح فيه الأجل فلا يتحقق معاوضة، ولو كانت الكفالة بغير أمره لم تلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المفاوضة.

ومطلق الجواب في الكتاب محمول على المقيد، وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند أبي حنيفة لأنه معاوضة انتهاءً. قال (وإن ورث أحدهما ما لا يصح فيه الشركة أو وهب له ووصل إلى يده بطلت المفاوضة وصارت عناناً لثوات المساواة فيما يصلح رأس المال إذ هي شرط في ابتداء وبقاء، وهذا لأن الآخر لا يشاركه فيما أصابه لانعدام السبب في حقه، إلا أنها تنقلب عناناً للإمكان، فإن المساواة ليست بشرط

فِيهِ، وَلِدَوَامِهِ حُكْمُ الْإِبْتِدَاءِ لِكَوْنِهِ غَيْرَ لَازِمٍ (وَإِنْ وَرِثَ أَحَدُهُمَا عَرْضًا فَهُوَ لَهُ وَلَا تَقْسُدُ الْمَفَاوِضَةُ) وَكَذَا الْعَقَارُ لِأَنَّهُ لَا تَصِحُّ فِيهِ الشَّرِكَةُ فَلَا تُشْتَرِطُ الْمَسَاوَاةُ فِيهِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَتَنْعَقِدُ عَلَى الْوَكَالَةِ وَالْكَفَالَةِ) أَيُّ تَنْعَقِدُ شَرِكَةُ الْمَفَاوِضَةِ عَلَى الْوَكَالَةِ كَعَامَّةِ الشَّرِكَاتِ لِتَحَقُّقِ الْمَقْصُودِ وَهُوَ الشَّرِكَةُ فِي الْمَالِ عَلَى مَا بَيَّنَّا: يَعْنِي قَوْلُهُ لِيَكُونَ مَا يُسْتَفَادُ بِالتَّصَرُّفِ مُشْتَرَكًا، وَعَلَى الْكَفَالَةِ هُوَ عَلَى مَعْنَى أَنْ يُطَالَبَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْ شَرِيكِي الْمَفَاوِضَةِ بِمَا بَاشَرَهُ الْآخَرُ، وَإِلَيْهِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ: لِتَحَقُّقِ الْمَسَاوَاةِ فِيمَا هُوَ مِنْ مُوجِبَاتِ التَّجَارَةِ وَهُوَ تَوَجُّهُ الْمُطَالَبَةِ نَحْوَهُمَا جَمِيعًا. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ مُقْتَضَى الْعَقْدِ تَعْلِيلُ الْمُسْتَنْتَى مِنْهُ) وَهُوَ قَوْلُهُ قَدْ يَكُونُ عَلَى الشَّرِكَةِ.

وَقَوْلُهُ (لَمَا بَيَّنَّا) إِشَارَةً إِلَى هَذَا التَّعْلِيلِ. وَقَوْلُهُ (وَاللَّبَائِعِ) أَيُّ لِبَائِعِ الطَّعَامِ وَالْكِسْوَةِ (قَوْلُهُ فَمِمَّا يَصِحُّ الْاِشْتِرَاكُ فِيهِ الْبَيْعُ وَالشِّرَاءُ وَالِاسْتِجَارُ) أَمَّا صُورَةُ الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ فَظَاهِرَةٌ، وَأَمَّا صُورَةُ الْاِسْتِجَارِ فَهُوَ أَنْ يَسْتَأْجِرَ أَحَدُ الْمُتَفَاوِضِينَ أَجِيرًا فِي تَجَارَتِهِمَا أَوْ دَابَّةً أَوْ شَيْئًا مِنَ الْأَشْيَاءِ لِلْمُؤْجَرِّ أَنْ يَأْخُذَ أَيُّهُمَا شَاءَ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ مِنْ عُقُودِ التَّجَارَةِ وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفِيلٌ عَنْ صَاحِبِهِ بِمَا يَلْزَمُهُ بِالتَّجَارَةِ، وَكَذَلِكَ إِنْ اسْتَأْجَرَهُ لِحَاجَةِ نَفْسِهِ أَوْ اسْتَأْجَرَ إِبِلًا إِلَى مَكَّةَ يَحُجُّ عَلَيْهَا فَلِلْمُكَارِي أَنْ يَأْخُذَ أَيُّهُمَا شَاءَ، إِلَّا أَنْ شَرِيكَهُ إِذَا أَدَّى مِنْ خَالِصِ مَالِهِ رَجَعَ بِهِ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ أَدَّى مَا كَفَلَ عَنْهُ بِأَمْرِهِ، وَإِنْ أَدَّى مِنْ مَالِ الشَّرِكَةِ يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِنَصِيبِ الْمُوَدَّى، وَأَمَّا فِي شَرِكَةِ الْعِنَانِ فَلَا يُؤَاخَذُ بِهِ غَيْرُ الَّذِي اسْتَأْجَرَهُ لِأَنَّهُ هُوَ الْمُلتَزِمُ بِالْعَقْدِ وَصَاحِبُهُ لَيْسَ بِكَفِيلٍ عَنْهُ.

وَمِنْ الْقِسْمِ الْآخَرِ الْجَنَايَةِ عَلَى بَنِي آدَمَ وَالنِّكَاحُ وَالْخُلْعُ وَالصُّلْحُ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ وَعَنْ التَّفَقَّةِ، فَلَوْ ادَّعَى رَجُلٌ عَلَى أَحَدِ الْمُتَفَاوِضِينَ جَرَاخَةً خَطَأً لَهَا أَرْضٌ مُقَدَّرٌ وَاسْتَحْلَفَهُ فَحَلَفَ ثُمَّ أَرَادَ أَنْ يَسْتَحْلِفَ شَرِيكَهُ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ وَلَا خُصُومَةٌ لَهُ مَعَ شَرِيكِهِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفِيلٌ عَنْ صَاحِبِهِ فِيمَا لَزِمَهُ بِسَبَبِ التَّجَارَةِ، فَأَمَّا مَا يَلْزَمُهُ بِسَبَبِ الْجَنَايَةِ فَلَا يَكُونُ الْآخَرُ كَفِيلًا بِهِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ ثَبِتَ بِالْبَيِّنَةِ أَوْ بِمُعَايِنَةِ السَّبَبِ لَمْ يَكُنْ عَلَى الشَّرِيكِ مِنْ مُوجِبِهَا شَيْءٌ وَلَا خُصُومَةٌ لِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ مَعَهُ، وَكَذَا الْمَهْرُ وَالْخُلْعُ وَالصُّلْحُ عَنْ جِنَايَةِ الْعَمْدِ وَالتَّفَقَّةِ إِذَا ادَّعَاهُ عَلَى أَحَدِهِمَا وَحَلَفَهُ عَلَيْهِ لَيْسَ لَهُ أَنْ

يُخْلَفَ الْآخَرَ لَمَّا بَيَّنَّا وَصُورَةَ الْخُلْعِ مَا إِذَا كَانَتْ الْمَرْأَةُ عَقَدَتْ عَقْدَ الْمُفَاوَضَةِ ثُمَّ خَالَعَتْ مَعَ زَوْجِهَا فَمَا لَزِمَ عَلَيْهَا مِنْ بَدَلِ الْخُلْعِ لَا يَلْزِمُ شَرِيكَهَا، وَكَذَا لَوْ أَقَرَّتْ بِبَدَلِ الْخُلْعِ لَا يَلْزِمُ عَلَى شَرِيكَهَا، وَمِنْ هَذَا يَتَبَيَّنُ صُورَةُ غَيْرِهِ قَوْلُهُ وَلَوْ كَفَلَ أَحَدُهُمَا ظَاهِرٌ (قَوْلُهُ وَلَوْ صَدَرَ) يَعْنِي عَقْدَ الْكِفَالَةِ، وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِحَالِ الْمَرَضِ لِأَنَّ الْمَرِيضَ لَوْ أَقَرَّ بِالْكَفَالَةِ السَّابِقَةِ فِي حَالِ الصَّحَّةِ يُعْتَبَرُ ذَلِكَ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ بِهَا يُلَاقِي حَالَ بَقَائِهَا، وَفِي حَالِ الْبَقَاءِ الْكَفَالَةُ مُعَاوَضَةٌ.

(قَوْلُهُ فَبِالْظَّنِّ إِلَى الْبَقَاءِ تَتَضَمَّنُهُ الْمُفَاوَضَةُ) يَعْنِي وَحَاجَتُنَا هَاهُنَا إِلَى الْبَقَاءِ إِذِ الْمُطَالَبَةُ تَتَوَجَّهُ بَعْدَ الْكَفَالَةِ لِأَنَّهَا حُكْمُهَا فَلَمَّا لَزِمَ الْمَالُ عَلَى الشَّرِيكِ الضَّامِنِ لَزِمَ عَلَى الْآخَرَ وَهَذَا هُوَ حَالَةُ الْبَقَاءِ، بِخِلَافِ الصَّبِيِّ وَغَيْرِهِ لِأَنَّ كَلَامَنَا ثَمَّةَ فِي الْإِبْتِدَاءِ بِأَنَّهُ هَلْ يَلْزِمُهُ أَوْ لَا، فَاعْتَبَرْنَا جِهَةَ التَّبَرُّعِ فِيهِ وَلَمْ نَعْتَبِرْ هُنَا لِأَنَّ الْإِبْتِدَاءَ ثَمَّةَ مُحْتَاجٌ إِلَيْهِ، وَلَا كَذَلِكَ هُنَا لِصِحَّةِ الْإِبْتِدَاءِ لَكُونَ الضَّامِنِ مِنْ أَهْلِ الضَّمَانِ دُونَ الصَّبِيِّ (قَوْلُهُ لَمْ يَصِحَّ مِنْ ذِكْرِهِ يُرِيدُ بِهِ الصَّبِيُّ وَالْمَحْثُونُ إلخ) وَأَمَّا الْإِقْرَاضُ فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: يَعْنِي أَنَّ فِيهِ رَوَاتِبَيْنِ.

قَالَ فِي الْمَسْئُوتِ: إِنْ أَقْرَضَ أَحَدُ الْمُتَفَاوِضِينَ يَلْزِمُ شَرِيكُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ وَعِنْدَهُمَا لَا يَلْزِمُ شَرِيكُهُ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ (قَوْلُهُ وَلَكِنْ سَلِمَ فَهُوَ إِعَارَةٌ) أَيْ وَلَكِنْ سَلَّمْنَا أَنَّ إِقْرَاضَ أَحَدِ الْمُتَفَاوِضِينَ لَا يَلْزِمُ صَاحِبَهُ فَإِنَّمَا لَا يَلْزِمُ لِأَنَّ الْإِقْرَاضَ إِعَارَةٌ لَا مُعَاوَضَةٌ بِدَلِيلِ جَوَازِهِ، إِذْ لَوْ كَانَ مُعَاوَضَةً لَكَانَ فِيهِ يَنْبَغُ التَّقَدُّ بِالنَّسِيبَةِ فِي الْأَمْوَالِ الرَّبَوِيَّةِ، فَعَلِمَ بِهَذَا أَنَّ مَا يَأْخُذُهُ الْمُقْرِضُ بَعْدَ الْإِقْرَاضِ حُكْمٌ عَيْنٌ مَا أَقْرَضَهُ لَا حُكْمٌ بَدَلُهُ كَمَا فِي الْإِعَارَةِ الْحَقِيقِيَّةِ (قَوْلُهُ حَتَّى لَا يَصِحَّ فِيهِ الْأَجَلُ) أَيْ لَا يَلْزِمُ لِأَنَّ تَأْجِيلَ الْإِقْرَاضِ وَالْعَارِيَّةِ جَائِزٌ، لَكِنْ لَا يَلْزِمُ الْمُضِيُّ عَلَى ذَلِكَ التَّأْجِيلِ (قَوْلُهُ وَلَوْ كَانَتْ الْكَفَالَةُ بِغَيْرِ أَمْرِهِ) مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ إِذَا كَانَتْ الْكَفَالَةُ بِأَمْرِهِ.

(قَوْلُهُ فِي الصَّحِيحِ) إِشَارَةٌ إِلَى نَفْيِ مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ عَامَّةُ الْمَشَايخِ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ مِنْ عَدَمِ التَّفَرُّقَةِ بَيْنَ مَا إِذَا كَانَتْ بِأَمْرِهِ أَوْ بِغَيْرِ أَمْرِهِ لِإِطْلَاقِ جَوَابِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَالْمُصَنَّفُ تَابَعَ مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ فِي شُرُوحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ مِنَ التَّفَرُّقَةِ بَيْنَهُمَا. وَأَجَابَ عَنْ إِطْلَاقِ جَوَابِ الْكِتَابِ: أَيْ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ بِأَنَّهُ مَحْمُولٌ

عَلَى الْمُقَيَّدِ وَهُوَ الْكَفَالَةُ بِالْأَمْرِ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ تَكُونُ مُعَاوَضَةٌ انْتِهَاءٍ وَإِلَّا فَهُوَ مُتَبَرِّعٌ ابْتِدَاءً
وَانْتِهَاءً فَلَا يَلْزَمُ شَرِيكَهُ، وَضَمَانُ الْعَصَبِ وَالِاسْتِهْلَاكِ بِمَنْزِلَةِ الْكَفَالَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ:
يَعْنِي فِي أَنَّهُ يَلْزَمُ شَرِيكَهُ. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ ضَمَانُ الْعَصَبِ وَالِاسْتِهْلَاكِ بِمَنْزِلَةِ التَّجَارَةِ فِي
أَنَّهُ يَلْزَمُهُ أَيْضًا. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ فِي غَيْرِ رَوَايَةِ الْأَصُولِ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُ الشَّرِيكَ، وَتَلَمَّحُ
تَحْرِيرِ الْمَذَاهِبِ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ يُظْهِرُ لَكَ سَقُوطَ مَا أُعْتَرِضَ بِهِ عَلَى الْمُصَنِّفِ فِي قَوْلِهِ
بِمَنْزِلَةِ الْكَفَالَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ بِأَنَّ مُحَمَّدًا مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي لُزُومِ ضَمَانِ الْعَصَبِ
وَالِاسْتِهْلَاكِ الشَّرِيكَ فَلَا يَكُونُ لِتَخْصِصِ أَبِي حَنِيفَةَ وَلَا لِقَوْلِهِ بِمَنْزِلَةِ الْكَفَالَةِ وَجْهٌ.
وَوَجْهٌ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ ضَمَانَ الْعَصَبِ وَالِاسْتِهْلَاكِ ضَمَانٌ وَجَبَ بِسَبَبٍ لَيْسَ هُوَ
بِتَّجَارَةٍ فَلَا يَلْزَمُ شَرِيكَهُ كَأَرْشِ الْجَنَائَةِ. وَلَهُمَا أَنَّ ضَمَانَ الْعَصَبِ وَالِاسْتِهْلَاكِ ضَمَانٌ
تَّجَارَةٌ لِأَنَّهُ بَدَلُ مَالٍ مُحْتَمَلٍ لِلشَّرِكَةِ فَإِنَّهُ يَجِبُ بِأَصْلِ السَّبَبِ، وَعِنْدَ ذَلِكَ الْمَحَلُّ قَابِلٌ
لِلْمَلِكِ وَلِهَذَا مَلَكَ الْمُعْصُوبُ وَالْمُسْتَهِلُّكَ بِالضَّمَانِ، وَكَذَلِكَ يَصِحُّ إِقْرَارُ الْمَأْذُونِ لَهُ
وَيُؤَاخَذُ بِهِ فِي الْحَالِ، وَكَذَلِكَ يَصِحُّ إِقْرَارُ الصَّبِيِّ وَالْمَأْذُونِ لَهُ وَالْمُكَاتَّبِ بِهِ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ
ضَمَانٌ تَّجَارَةً لَمَا صَحَّ ذَلِكَ مَعْنَى قَوْلِهِ لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ انْتِهَاءً. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ وَرَثَ أَحَدُهُمَا
مَالًا) بِالتَّوْنِينِ أَيُّ الْمَالِ الَّذِي تَصِحُّ فِيهِ الشَّرِكَةُ كَالدِّرَاهِمِ وَالْدَّنَانِيرِ وَالْفُلُوسِ النَّافِقَةِ
بَطَلَتْ الْمُفَاوَضَةُ لَمَّا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ.

وَقَوْلُهُ (فَإِنَّ الْمُسَاوَاةَ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ فِيهِ) أَيُّ فِي الْعِنَانِ ابْتِدَاءً، وَكُلُّ مَا لَيْسَ بِشَرْطٍ
ابْتِدَاءً لَيْسَ بِشَرْطٍ فِيهِ دَوَامًا، لِأَنَّ لِدَوَامِهِ حُكْمَ الْإِبْتِدَاءِ لِكُونِهِ عَقْدًا غَيْرَ لَازِمٍ، فَإِنْ أَحَدُ
الشَّرِيكَيْنِ إِذَا امْتَنَعَ عَنِ الْمُضِيِّ عَلَى مُوجِبِ الْعَقْدِ لَا يُجْبِرُهُ الْقَاضِي عَلَى ذَلِكَ،
وَتَأْمَلُ فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ رَحِمَهُ اللَّهُ تَأْمَلُ عَالَمٌ بِالتَّحْقِيقِ تُذَكِّرُكَ سَقُوطَ مَا أُعْتَرِضَ عَلَيْهِ
بِأَنَّ عَقْدَ الْإِجَارَةِ عَقْدٌ لَازِمٌ، وَمَعَ هَذَا فَلِدَوَامِهِ حُكْمُ الْإِبْتِدَاءِ حَتَّى أَتَاهَا لَا تَبْقَى بِمَوْتِ
أَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ، فَحِينَئِذٍ كَيْفَ يَصِحُّ التَّغْلِيلُ بَعْدَ اللُّزُومِ لِإِثْبَاتِ مُدْعَاهُ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ
لِدَوَامِهِ حُكْمُ الْإِبْتِدَاءِ، وَذَلِكَ لِأَنَّا قَدْ قُلْنَا: كُلُّ مَا هُوَ عَقْدٌ غَيْرُ لَازِمٍ فَلِدَوَامِهِ حُكْمُ
الْإِبْتِدَاءِ وَهُوَ ثَابِتٌ بِالِاسْتِقْرَاءِ وَنَضُمُ هَذِهِ الْمُقَدِّمَةِ إِلَى قَوْلِنَا مَا نَحْنُ فِيهِ مِنَ الشَّرِكَةِ عَقْدٌ
غَيْرُ لَازِمٍ فَيَحْصُلُ لَنَا مَا نَحْنُ فِيهِ مِنَ الشَّرِكَةِ لِدَوَامِهِ حُكْمُ الْإِبْتِدَاءِ، وَأَمَّا أَنْ يَكُونَ
بَعْضُ الْعُقُودِ اللَّازِمَةِ أَيْضًا لِدَوَامِهِ حُكْمُ الْإِبْتِدَاءِ بِدَلِيلٍ فَلَا يَضُرُّ فِي مَطْلُوبِنَا لِأَنَّ الْمَوْجِبَةَ

الْكَلِيَّةَ لَا تَنْعَكِسُ كَنْفَسِيهَا، وَإِنْ وَرِثَ أَحَدُهُمَا عَرْضًا فَهُوَ لَهُ، وَلَا تَفْسُدُ الْمَفَاوِضَةُ لِمَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ، وَلَأنَّ هَذِهِ الْمَفَاوِضَةَ لَا تَمْنَعُ ابْتِدَاءً فَكَذَا لَا تَفْسُدُ بَقَاءً.

فصل

(وَلَا تَنْعَقِدُ الشَّرِكَةُ إِلَّا بِالدَّرَاهِمِ وَالْدَّنَانِيرِ وَالْفُلُوسِ النَّافِقَةِ) وَقَالَ مَالِكٌ: تَجُوزُ بِالْعُرُوضِ وَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ أَيْضًا إِذَا كَانَ الْجِنْسُ وَاحِدًا؛ لِأَنَّهَا عُقِدَتْ عَلَى رَأْسِ مَالٍ مَعْلُومٍ فَأَشَبَهُ النُّقُودُ، بِخِلَافِ الْمُضَارَبَةِ لِأَنَّ الْقِيَاسَ يَأْبَاهَا لِمَا فِيهَا مِنْ رِبْحٍ مَا لَمْ يُضْمَنْ. فَيَقْتَصِرُ عَلَى مَوْرِدِ الشَّرْعِ. وَلِنَا أَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى رِبْحٍ مَا لَمْ يُضْمَنْ؛ لِأَنَّهُ إِذَا بَاعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا رَأْسَ مَالِهِ وَتَفَاضَلَ الثَّمَنَانِ فَمَا يَسْتَحِقُّهُ أَحَدُهُمَا مِنَ الزِّيَادَةِ فِي مَالِ صَاحِبِهِ رِبْحٌ مَا لَمْ يَمْلِكْ وَمَا لَمْ يُضْمَنْ، بِخِلَافِ الدَّرَاهِمِ وَالْدَّنَانِيرِ لِأَنَّ ثَمَنَ مَا يَشْتَرِيهِ فِي ذِمَّتِهِ إِذَا هِيَ لَا تَتَعَيَّنُ فَكَانَ رِبْحٌ مَا يُضْمَنْ، وَلَأنَّ أَوَّلَ التَّصَرُّفِ فِي الْعُرُوضِ الْبَيْعُ وَفِي النُّقُودِ الشِّرَاءُ، وَبَيْعُ أَحَدِهِمَا مَالَهُ عَلَى أَنْ يَكُونَ الْآخَرُ شَرِيكًا فِي ثَمَنِهِ لَا يَجُوزُ، وَشِرَاءُ أَحَدِهِمَا شَيْئًا بِمَالِهِ عَلَى أَنْ يَكُونَ الْمَبِيعُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ جَائِزٌ. وَأَمَّا الْفُلُوسُ النَّافِقَةُ فَلِأَنَّهَا تَرْجُحُ رَوَاجَ الْأَثْمَانِ فَالْتَحَقَّتْ بِهَا.

قَالُوا: هَذَا قَوْلُ مُحَمَّدٍ لِأَنَّهَا مُلْحَقَةٌ بِالنُّقُودِ عِنْدَهُ حَتَّى لَا تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ، وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ اثْنَيْنِ بِوَاحِدٍ بِأَعْيَانِهَا عَلَى مَا عُرِفَ، أَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَآبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى لَا تَجُوزُ الشَّرِكَةُ وَالْمُضَارَبَةُ بِهَا لِأَنَّ ثَمَنِيَّتَهَا تَتَبَدَّلُ سَاعَةً فَسَاعَةً وَتَصِيرُ سِلْعَةً. وَرَوَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ مِثْلُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ، وَالْأَوَّلُ أَقْبَسُ وَأَظْهَرُ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ صِحَّةُ الْمُضَارَبَةِ بِهَا.

الشرح:

(فصل): لَمَّا كَانَ الْبَحْثُ عَمَّا تَنْعَقِدُ بِهِ شَرِكَةُ الْمَفَاوِضَةِ غَيْرَ الْبَحْثِ عَنْهَا فَصَلَ عَمَّا قَبْلَهُ فِي فَصْلِ عَلَى حَدِّثِهِ. وَقَالَ (وَلَا تَنْعَقِدُ الشَّرِكَةُ) أَيُّ شَرِكَةُ الْمَفَاوِضَةِ لِأَنَّ الْكَلَامَ فِيمَا إِذَا ذُكِرَ فِيهَا الْمَالُ إِلَّا بِالدَّرَاهِمِ وَالْدَّنَانِيرِ. وَإِنَّمَا قِيدَ بِقَوْلِنَا إِذَا ذُكِرَ فِيهَا الْمَالُ لِأَنَّ ذِكْرَ الْمَالِ لَيْسَ بِحَتْمٍ فِيهَا فَإِنَّ الْمَفَاوِضَةَ تَجُوزُ فِي شَرِكَةِ الْوُجُوهِ وَالتَّقْبِيلِ وَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِمَا الْمَالُ، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ، غَيْرَ أَنَّ فِي ذِكْرِ خِلَافِ مَالِكٍ رَحِمَهُ اللَّهُ نَظْرًا لِمَا تَقَدَّمَ مِنْ قَوْلِهِ وَقَالَ مَالِكٌ لَا أَعْرِفُ مَا الْمَفَاوِضَةُ إِلَّا إِذَا ثَبَتَ عَنْهُ رَوَاتَانِ، أَوْ يَكُونُ

تَفْرِيعًا عَلَى قَوْل مَنْ يَقُولُ بِهَا صَنِيعُ أَبِي حَنِيفَةَ فِي الْمَزَارَعَةِ. ثُمَّ قَوْلُهُ (لَأَنَّهَا عُقِدَتْ) يَعْنِي الشَّرِكَةَ بِالْعُرُوضِ وَالْمَكِيلِ وَالْمُوزُونِ يَفْتَضِي جَوَازَهَا. وَإِنْ كَانَ الْجِنْسُ مُخْتَلَفًا وَلَمْ يَقُلْ بِهِ مَالِكٌ. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الْمُضَارَبَةِ) يَعْنِي أَنَّ الْمُضَارَبَةَ مُخْتَصَّةٌ بِالذَّرَاهِمِ وَالذَّنَانِيرِ لِأَنَّ الْقِيَاسَ يَأْبَى جَوَازَهَا لِمَا فِيهَا مِنْ رِبْحٍ مَا لَمْ يُضْمَنْ فَإِنَّ الْمَالَ غَيْرُ مَضْمُونٍ عَلَى الْمُضَارِبِ، فَكَأَنَّ مَا حَصَلَ مِنَ الرَّبْحِ مَالٌ غَيْرُ مَضْمُونٍ فَلَا يَسْتَحِقُّهُ رَبُّ الْمَالِ لِأَنَّهُ لَمْ يَعْمَلْ فِي ذَلِكَ الرَّبْحِ فَلَا تَصِحُّ إِلَّا فِيمَا وَرَدَ الشَّرْعُ بِهِ وَهُوَ الذَّرَاهِمُ وَالذَّنَانِيرُ، وَأَمَّا فِي الشَّرِكَةِ فَإِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الشَّرِيكَيْنِ يَعْمَلُ فِي ذَلِكَ الْمَالِ فَيَسْتَوِي فِيهِ الْعُرُوضُ وَالتَّقْوُدُ كَمَا لَوْ عَمِلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي مَالٍ نَفْسِهِ مِنْ غَيْرِ شَرِكَةٍ فَتَصِحُّ (قَوْلُهُ وَلَئِنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى رِبْحٍ مَا لَمْ يُضْمَنْ) وَيَبَيِّنُ ذَلِكَ أَنَّ الرَّجُلَيْنِ إِذَا عَقَدَا الشَّرِكَةَ فِي الْعُرُوضِ ثُمَّ بَاعَ أَحَدُهُمَا رَأْسَ مَالِهِ بِأَضْعَافِ قِيمَتِهِ وَبَاعَ الْآخَرُ بِمِثْلِ قِيمَتِهِ وَصَحَّتْ الشَّرِكَةُ كَأَنَّ شَرِيكَيْنِ فِي الرَّبْحِ الَّذِي حَصَلَ فِي مَبِيعِ أَحَدِهِمَا فَحَيْثُذُ يَأْخُذُ الَّذِي بَاعَ رَأْسَ مَالِهِ بِمِثْلِ قِيمَتِهِ مِنْ مَالٍ صَاحِبِهِ فَيَكُونُ ذَلِكَ الْمَالُ رِبْحًا مَا لَمْ يُضْمَنْ وَلَمْ يُمْلَكْ وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ، بِخِلَافِ الذَّرَاهِمِ وَالذَّنَانِيرِ لِأَنَّ مَا يَشْتَرِي كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِرَأْسِ الْمَالِ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ الْبَيْعُ، بَلْ يَثْبُتُ وَجُوبُ الثَّمَنِ فِي الذِّمَّةِ إِذَا الْأَثْمَانُ لَا تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ، فَلَمَّا كَانَ الثَّمَنُ وَاجِبًا عَلَيْهِمَا فِي ذِمَّتِهِمَا كَانَ الثَّمَنُ وَالرَّبْحُ الْحَاصِلُ مِنْهُ يَتَّهِمَا ضَرُورَةً فَكَانَ الرَّبْحُ رِبْحًا مَا ضُمِّنَ وَمَعْنَى قَوْلِهِ (وَتَقَاضِلُ الثَّمَانِ) أَيُّ فَضْلُ أَحَدُهُمَا عَلَى الْآخَرِ كَمَا ذَكَرْنَا، وَأَمَّا تَفَاضُلُهُمَا مَعَ فَمُحَالٌ

(قَوْلُهُ وَلَئِنْ أَوَّلَ التَّصَرُّفِ فِي الْعُرُوضِ) دَلِيلٌ آخَرُ وَقَدْ قَرَّرَهُ فِي النَّهَائَةِ عَلَى وَجْهِ يَجْرُهُ إِلَى رِبْحٍ مَا لَمْ يُضْمَنْ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ قَالَ لِأَنَّ صِحَّةَ الشَّرِكَةِ بِاعْتِبَارِ الْوَكَالَةِ، فَفِي كُلِّ مَوْضِعٍ لَا تَجُوزُ الْوَكَالَةُ بِتِلْكَ الصِّفَةِ لَا تَجُوزُ الشَّرِكَةُ، وَمَعْنَى هَذَا أَنَّ الْوَكِيلَ بِالْبَيْعِ يَكُونُ أَمِينًا، فَإِذَا شَرِطَ لَهُ جُزْءٌ مِنَ الرَّبْحِ كَانَ هَذَا رِبْحًا مَا لَمْ يُضْمَنْ، فَأَمَّا الْوَكِيلُ بِالشَّرَاءِ فَهُوَ ضَامِنٌ بِالثَّمَنِ فِي ذِمَّتِهِ، فَإِذَا شَرِطَ لَهُ جُزْءٌ مِنَ الرَّبْحِ كَانَ رِبْحًا مَا قَدْ ضُمِّنَ. وَقَوْلُهُ (قَالُوا هَذَا) أَيُّ جَوَازُ الشَّرِكَةِ بِالْفُلُوسِ النَّافِقَةِ (قَوْلُ مُحَمَّدٍ) وَقَيْدُ (بِأَعْيَانِهَا) لَتَظْهَرَ ثَمَرَةُ الْخِلَافِ، فَإِنَّهُ لَوْ بَاعَ فَلَسَيْنِ بَوَاحِدٍ مِنَ الْفُلُوسِ نَسِيبَةً لَا يَجُوزُ بِالْإِجْمَاعِ الْمَرْكَبِ. وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَلَوْجُودِ النَّسِيبَةِ فِي الْجِنْسِ الْوَاحِدِ، وَأَمَّا عِنْدَ مُحَمَّدٍ

فلهذا وَلَمَعْنَى الثَّمَنَِّةِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَتْ بِأَعْيَانِهِمَا فَعِنْدَهُمَا يَجُوزُ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا يَجُوزُ، وَسَيَجِيءُ تَمَامُ الْبَحْثِ فِيهِ فِي كِتَابِ الْبُيُوعِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

قَوْلُهُ (وَالأَوَّلُ) يَعْنِي قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ (أَقْبَسُ) لِأَنَّهُمَا لَمَّا اتَّفَقَا عَلَى جَوَازِ بَيْعِ فَلَسٍ بَعَيْنِهِ بِفَلَسَيْنِ بَعَيْنَهُمَا كَانَا مُتَّفَقَيْنِ أَيْضًا فِي عَدَمِ جَوَازِ الشَّرِكَةِ بِالْفُلُوسِ وَإِنْ كَانَتْ نَافِقَةً لِأَنَّ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ مَبْنِيَّةٌ عَلَى تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ، لِأَنَّهُ لَمَّا جَازَ بَيْعُ الْوَاحِدِ بِالْأَثْنَيْنِ فِي الْفُلُوسِ عِنْدَهُمَا كَانَ لِلْفُلُوسِ حُكْمُ الْعُرُوضِ، وَالْعُرُوضُ لَا تَصْلُحُ رَأْسَ مَالِ الشَّرِكَةِ. وَرَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ نَصَحَ الْمُضَارَبَةَ بِهَا: أَيْ بِالْفُلُوسِ النَّافِقَةِ.

قَالَ (وَلَا تَجُوزُ الشَّرِكَةُ بِمَا سِوَى ذَلِكَ إِلَّا أَنْ يَتَعَامَلَ النَّاسُ بِالتَّبَرِّ) وَالتَّقَرُّهُ فَتَصِحُّ الشَّرِكَةُ بِهِمَا، هَكَذَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ (وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَلَا تَكُونُ الْمُفَاوَضَةُ بِمَثَاقِيلِ ذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ) وَمُرَادُهُ التَّبَرُّ، فَعَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ التَّبَرُّ سِلْعَةٌ تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ فَلَا تَصْلُحُ رَأْسَ الْمَالِ فِي الْمَضَارِبَاتِ وَالشَّرِكَاتِ. وَذَكَرَ فِي كِتَابِ الصَّرْفِ أَنَّ التَّقَرُّ لَا تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ حَتَّى لَا يَنْفَسَخَ الْعَقْدُ بِهَا بِهَلَاكِهِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ، فَعَلَى تِلْكَ الرِّوَايَةِ تَصْلُحُ رَأْسَ الْمَالِ فِيهِمَا، وَهَذَا لَمَّا عُرِفَ أَنَّهُمَا خُلِقَا ثَمَنَيْنِ فِي الْأَصْلِ، إِلَّا أَنَّ الْأَوَّلَ أَصَحُّ؛ لِأَنَّهُمَا وَإِنْ خُلِقَتْ لِلتَّجَارَةِ فِي الْأَصْلِ لَكِنِ الثَّمَنِيَّةُ تَخْتَصُّ بِالضَّرْبِ الْمَخْصُوصِ؛ لِأَنَّ عِنْدَ ذَلِكَ لَا تُصَرَّفُ إِلَى شَيْءٍ آخَرَ ظَاهِرًا إِلَّا أَنْ يَجْرِيَ التَّعَامُلُ بِاسْتِعْمَالِهِمَا ثَمَنًا فَتَنْزِلُ التَّعَامُلُ بِمَنْزِلَةِ الضَّرْبِ فَيَكُونُ ثَمَنًا وَيَصْلُحُ رَأْسُ الْمَالِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا تَجُوزُ بِمَا سِوَى ذَلِكَ) كَلَامُهُ وَاضِحٌ، وَالْمُرَادُ بِقَوْلِهِ فِي الْكِتَابِ مُخْتَصَرُ الْقُدُورِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ (قَوْلُهُ تَصْلُحُ رَأْسُ الْمَالِ فِيهِمَا) أَيْ فِي الشَّرِكَةِ وَالْمَضَارَبَةِ (قَوْلُهُ وَهَذَا لَمَّا عُرِفَ) إِشَارَةٌ إِلَى (أَنَّ التَّقَرُّ لَا تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ لِأَيِّهِمَا) أَيْ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ (قَوْلُهُ إِلَّا أَنَّ الْأَوَّلَ) يَعْنِي رِوَايَةَ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ (أَصَحُّ) وَجُعِلَ ذَلِكَ فِي الْمَبْسُوطِ ظَاهِرًا الرِّوَايَةِ (قَوْلُهُ لِأَنَّهُمَا) أَيْ لِأَنَّ مَثَاقِيلَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ (قَوْلُهُ إِلَّا أَنَّ يَجْرِي التَّعَامُلُ بِاسْتِعْمَالِهِمَا) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ إِلَّا أَنَّ الْأَوَّلَ أَصَحُّ. يَعْنِي أَنَّ عَدَمَ جَوَازِ الشَّرِكَةِ بِمَثَاقِيلِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ أَصَحُّ، إِلَّا عِنْدَ جَرَيَانِ التَّعَامُلِ بِاسْتِعْمَالِهِمَا فَحِينَئِذٍ تَجُوزُ الشَّرِكَةُ بِهِمَا

كَذَا قِيلَ. وَالْأَوَّلَى أَنْ يُجْعَلَ اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ لَكِنَّ الثَّمَنِيَّةَ تَخْتَصُّ بِالضَّرْبِ الْمَخْصُوصِ
بِدَلَالَةِ السِّيَاقِ

ثُمَّ قَوْلُهُ وَلَا تَجُوزُ بِمَا سِوَى ذَلِكَ يَتَنَاوَلُ الْمَكِيلَ وَالْمَوْزُونَ وَالْعَدَدِيَّ الْمُتَقَارِبَ، وَلَا
خِلَافَ فِيهِ بَيْنَنَا قَبْلَ الْخَلْطِ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا رِبْحٌ مَتَاعِهِ وَعَلَيْهِ وَضِيعَتُهُ، وَإِنْ خَلَطَا ثُمَّ
اشْتَرَكَا فَكَذَلِكَ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ، وَالشَّرِكَةُ شَرِكَةُ مَلِكٍ لَا شَرِكَةَ عَقْدٍ. وَعِنْدَ
مُحَمَّدٍ تَصِيحُ شَرِكَةِ الْعَقْدِ. وَثَمَرَةُ الْاِخْتِلَافِ تَظْهَرُ عِنْدَ التَّسَاوِي فِي الْمَالَيْنِ وَاشْتِرَاطِ
التَّفَاضُلِ فِي الرِّبْحِ، فَظَاهِرُ الرِّوَايَةِ مَا قَالَهُ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهُ يَتَّعِينَ بِالتَّعْيِينِ
بَعْدَ الْخَلْطِ كَمَا تَعَيَّنَ قَبْلَهُ. وَلِ مُحَمَّدٍ أَنَّهَا ثَمَنٌ مِنْ وَجْهِ حَتَّى جَارَ الْبَيْعُ بِهَا دَيْنًا فِي
الدَّيْنَةِ. وَمَبِيعٌ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَتَّعِينُ بِالتَّعْيِينِ، فَعَمِلْنَا بِالشَّبْهَيْنِ بِالْإِضَافَةِ إِلَى الْحَالَيْنِ،
بِخِلَافِ الْعُرُوضِ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ ثَمَنًا بِحَالٍ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَلَا خِلَافَ فِيهِ) أَيُّ فِي عَدَمِ جَوَازِ الشَّرِكَةِ بِالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونَ قَبْلَ الْخَلْطِ
فِيمَا بَيْنَنَا، وَإِنْ خَلَطَا ثُمَّ اشْتَرَكَا فَفِيهِ الْخِلَافُ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ. وَثَمَرَةُ الْاِخْتِلَافِ
تَظْهَرُ عِنْدَ التَّسَاوِي فِي الْمَالَيْنِ وَاشْتِرَاطِ التَّفَاضُلِ فِي الرِّبْحِ، فَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لَا يَسْتَحِقُّ
زِيَادَةَ الرِّبْحِ بَلْ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنَ الرِّبْحِ بِقَدْرِ مِلْكِهِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ الرِّبْحُ
يَنْتَهِي عَلَى مَا شَرَطَا (فَظَاهِرُ الرِّوَايَةِ مَا قَالَهُ أَبُو يُوسُفَ) لِأَنَّهُ أَيُّ الْمَذْكُورِ مِنَ الْمَكِيلِ
وَالْمَوْزُونَ وَالْعَدَدِيَّ الْمُتَقَارِبِ (يَتَّعِينُ بِالتَّعْيِينِ بَعْدَ الْخَلْطِ كَمَا يَتَّعِينُ قَبْلَهُ) وَهُوَ ظَاهِرٌ،
وَشَرَطُ جَوَازِ الشَّرِكَةِ أَنْ لَا يَكُونَ رَأْسُ الْمَالِ مِمَّا يَتَّعِينُ بِالتَّعْيِينِ لئَلَّا يَلْزَمَ رِبْحُ مَا لَمْ
يُضْمَنْ (وَوَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّهَا) أَيُّ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونَ وَالْعَدَدِيَّ الْمُتَقَارِبِ (ثَمَنٌ مِنْ وَجْهِ
حَتَّى جَارَ الْبَيْعُ بِهَا دَيْنًا فِي الدَّيْنَةِ وَمَبِيعٌ) مِنْ وَجْهِ (مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَتَّعِينُ بِالتَّعْيِينِ فَعَمِلْنَا
بِالشَّبْهَيْنِ بِالْإِضَافَةِ إِلَى الْحَالَيْنِ) يَعْنِي الْخَلْطَ وَعَدَمَهُ فَلَشَبْهَهُمَا بِالْمَبِيعِ. قُلْنَا: لَا تَجُوزُ
الشَّرِكَةُ بِهَا قَبْلَ الْخَلْطِ، وَلَشَبْهَهُمَا بِالثَّمَنِ قُلْنَا تَجُوزُ الشَّرِكَةُ بِهَا بَعْدَ الْخَلْطِ، وَهَذَا لِأَنَّ
إِضَافَةَ الْعَقْدِ إِلَيْهَا تَضَعُفُ بِاعْتِبَارِ الشَّبْهَيْنِ فَيَتَوَقَّفُ ثُبُوتُهَا عَلَى مَا يُقَوِّيْهَا وَهُوَ الْخَلْطُ،
لِأَنَّ الْخَلْطَ ثَبُتُ شَرِكَةِ الْمَلِكِ فَتَتَأَكَّدُ بِهِ شَرِكَةُ الْعَقْدِ لَا مَحَالَةَ، بِخِلَافِ الْعُرُوضِ لِأَنَّهَا
لَيْسَتْ ثَمَنًا بِحَالٍ.

وَلَوْ اخْتَلَفَا جِنْسًا كَالْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالزَّيْتِ وَالسَّمْنِ فَخُلُطَا لَا تَتَعَقَّدُ الشَّرِكَةُ
بِهَا بِالِاتِّفَاقِ. وَالْفَرْقُ لِمُحَمَّدٍ أَنَّ الْمَخْلُوطَ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ، وَمِنْ جِنْسَيْنِ
مِنْ ذَوَاتِ الْقِيَمِ فَتَتَمَكَّنُ الْجَهَالَةُ كَمَا فِي الْعُرُوضِ، وَإِذَا لَمْ تَصِحَّ الشَّرِكَةُ فَحُكْمُ
الْخُلُطِ قَدْ بَيَّنَّاهُ فِي كِتَابِ الْقَضَاءِ.

الشرح:

فَلَوْ اخْتَلَفَا جِنْسًا كَالْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالزَّيْتِ وَالسَّمْنِ فَخُلُطَا لَا تَتَعَقَّدُ الشَّرِكَةُ
بِهَا بِالِاتِّفَاقِ، فَمُحَمَّدٌ يَحْتَاجُ إِلَى الْفَرْقِ وَهُوَ مَا ذَكَرَهُ أَنَّ الْمَخْلُوطَ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ مِنْ
ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ، حَتَّى أَنْ مَنْ أَثْلَفَهُ يَضْمَنُ مِثْلَهُ فَيُمْكِنُ تَحْصِيلُ رَأْسِ مَالٍ كُلِّ وَاحِدٍ
مِنْهُمَا وَقْتَ الْقِسْمَةِ بِاعْتِبَارِ الْمِثْلِ فَتَزُولُ الْجَهَالَةُ وَمِنْ جِنْسَيْنِ مِنْ ذَوَاتِ الْقِيَمِ، فَإِنْ مَنْ
أَثْلَفَهُ يَضْمَنُ قِيَمَتَهُ، وَإِذَا كَانَ مِنْ ذَوَاتِ الْقِيَمِ كَانَ بِمَنْزِلَةِ الْعُرُوضِ فَتُمْكِنُ الْجَهَالَةُ كَمَا
فِي الْعُرُوضِ، وَإِذَا لَمْ تَصِحَّ الشَّرِكَةُ كَحُكْمِ الْخُلُطِ قَدْ بَيَّنَّاهُ فِي كِتَابِ الْقَضَاءِ: أَيْ قَضَاءِ
الْجَامِعِ الصَّغِيرِ، وَأَمَّا فِي هَذَا الْكِتَابِ فَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي كِتَابِ الْوَدِيعَةِ. وَالِدَّلِيلُ عَلَى أَنَّ مُرَادَهُ
قَضَاءَ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ قَوْلُهُ قَدْ بَيَّنَّاهُ بِلَفْظِ الْمَاضِي: يَعْنِي وَلَوْ كَانَ مُرَادُهُ كِتَابَ الْقَضَاءِ مِنْ
هَذَا الْكِتَابِ لَقَالَ سَبِّحْنَاهُ، وَالَّذِي بَيَّنَّاهُ هُنَا فِي كِتَابِ الْوَدِيعَةِ أَنَّ الْحِنْطَةَ إِذَا كَانَتْ وَدِيعَةً
عِنْدَ رَجُلٍ فَخَلَطَهَا الرَّجُلُ بِشَعِيرٍ نَفْسِهِ يَنْقَطِعُ حَقُّ الْمَالِكِ إِلَى الضَّمَانِ.

قَالَ (وَإِذَا أَرَادَ الشَّرِكَةَ بِالْعُرُوضِ بَاعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَ مَالِهِ بِنِصْفِ مَالِ
الْآخَرِ، ثُمَّ عَقَدَ الشَّرِكَةَ) قَالَ (وَهَذِهِ الشَّرِكَةُ مِلْكٌ) لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّ الْعُرُوضَ لَا تَصْلُحُ رَأْسَ
مَالِ الشَّرِكَةِ، وَتَأْوِيلُهُ إِذَا كَانَ قِيَمَتُهُ مَتَاعِيَهُمَا عَلَى السَّوَاءِ، وَلَوْ كَانَ بَيْنَهُمَا تَفَاوُتٌ يَبِيعُ
صَاحِبُ الْأَقْلَ بِقَدْرِ مَا تَثَبَّتَ بِهِ الشَّرِكَةُ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا أَرَادَ الشَّرِكَةَ بِالْعُرُوضِ) لَمَّا كَانَ جَوَازُ عَقْدِ الشَّرِكَةِ مُنْهَضًا فِي
الدَّرَاهِمِ وَالْدَنَانِيرِ وَالْفُلُوسِ النَّافِقَةِ وَفِي ذَلِكَ تَضْيِيقٌ عَلَى النَّاسِ ذَكَرَ الْحِيلَةَ فِي تَجْوِيزِ
العَقْدِ بِالْعُرُوضِ تَوْسِيعَةً عَلَى النَّاسِ فَقَالَ (وَإِذَا أَرَادَ الشَّرِكَةَ بِالْعُرُوضِ بَاعَ كُلُّ وَاحِدٍ
مِنْهُمَا نِصْفَ مَالِهِ بِنِصْفِ مَا لِلْآخَرِ ثُمَّ عَقَدَا الشَّرِكَةَ) لِأَنَّهُ إِذَا بَاعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا
نِصْفَ مَالِهِ بِنِصْفِ مَا لِلْآخَرِ صَارَ نِصْفُ مَالِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَضْمُونًا عَلَى الْآخَرِ

بِالثَّمَنِ فَكَانَ الرَّبْحُ الْحَاصِلُ رِبْحٌ مَالٍ مَضْمُونٌ فَيَكُونُ الْعَقْدُ صَحِيحًا.

قَالَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَهَذِهِ شَرِكَةٌ مِلْكٌ لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّ الْعَرُوضَ لَا تَصْلُحُ رَأْسَ مَالٍ شَرِكَةٍ) وَاسْتَشْكَلَهُ الشَّارِحُونَ بِأَنَّهُ لَوْ كَانَ الْمُرَادُ بِالشَّرِكَةِ شَرِكَةَ الْمَلِكِ لَمْ يَحْتَاجْ إِلَى قَوْلِهِ ثُمَّ عَقَدَا الشَّرِكَةَ، وَبِأَنَّ الْعَرُوضَ لَا تَصْلُحُ رَأْسَ مَالٍ الشَّرِكَةِ إِذَا لَمْ يَبْعَ أَحَدُهُمَا نِصْفَ عَرْضِهِ بِنِصْفِ عَرْضِ الْآخَرِ، أَمَّا إِذَا بَاعَ فَهُوَ الْحِيلَةُ فِي جَوَازِهِ.

ثُمَّ أَجَابَ بَعْضُهُمْ بِأَنَّ مَعْنَى قَوْلِهِ ثُمَّ عَقَدَ الشَّرِكَةَ عَقْدُ شَرِكَةِ مَلِكٍ حَتَّى يَصِحَّ قَوْلُهُ وَهَذِهِ شَرِكَةُ مَلِكٍ وَهُوَ بَعِيدٌ، لِأَنَّ غَرَضَ الْقُدُورِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ بَيَانُ الْحِيلَةِ فِي تَجْوِيزِ عَقْدِ الشَّرِكَةِ بِالْعَرُوضِ. وَقَالَ آخَرُونَ: مَعْنَاهُ أَنَّهَا شَرِكَةُ مَلِكٍ وَإِنْ عَقَدَا الشَّرِكَةَ، لِأَنَّ هَذَا الْعَقْدَ كَلَا عَقْدَ لَكُونِ رَأْسِ الْمَالِ عَرْضًا، وَنَظْمُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ لَا يُسَاعِدُهُ، وَأَنَا أَذْكُرُ لَكَ مَا ذَكَرَهُ شَيْخُ شَيْخِي الْعَلَامَةُ عَبْدُ الْعَزِيزِ فِي هَذَا الْمَقَامِ مِنْ غَيْرِ زِيَادَةٍ وَلَا نُقْصَانٍ لَأَنَّهُ حَلٌّ مُفِيدٌ فِي هَذَا الْمَعْنَى. قَالَ: عَدَمُ جَوَازِ الشَّرِكَةِ بِالْعَرُوضِ مَبْنِيٌّ عَلَى مَعْنَيْنِ أَحَدُهُمَا رِبْحٌ مَا لَمْ يُضْمَنْ كَمَا بَيَّنَّا، وَالثَّانِي جَهَالَةُ رَأْسِ الْمَالِ، فَإِذَا بَاعَ أَحَدُهُمَا نِصْفَ عَرْضِهِ بِنِصْفِ عَرْضِ الْآخَرِ ثُمَّ عَقَدَا الشَّرِكَةَ قَالَ الْقُدُورِيُّ يَجُوزُ، وَاخْتَارَهُ شَيْخُ الْإِسْلَامِ وَصَاحِبُ الذَّخِيرَةِ وَصَاحِبُ شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ وَالْمُزْنِيُّ مِنْ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمُ اللَّهُ، لِأَنَّ رَأْسَ الْمَالِ صَارَ مَعْلُومًا وَصَارَ نِصْفُ مَالٍ كُلِّ مِنْهُمَا بِالْبَيْعِ مَضْمُونًا عَلَى صَاحِبِهِ بِالثَّمَنِ فَكَانَ الرَّبْحُ الْحَاصِلُ مِنْ مَالَيْهِمَا رِبْحٌ مَالٍ مَضْمُونٌ عَلَيْهِمَا فَيَجُوزُ وَلِهَذَا لَوْ بَاعَ أَحَدُهُمَا عَرْضَهُ بِنِصْفِ دَرَاهِمٍ صَاحِبِهِ ثُمَّ عَقَدَا شَرِكَةَ عِنَانٍ أَوْ مُفَاوِضَةٍ يَجُوزُ لَزَوَالِ الْجَهَالَةِ لَصِيرُورَةِ الْعَرُوضِ مُشْتَرَكَةً بَيْنَهُمَا فَكَذَا هَذَا.

وَقِيلَ عَلَى قِيَاسِ قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ يَجُوزُ كَمَا فِي الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ بَعْدَ الْخَلْطِ، وَعَلَى قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ لَا يَجُوزُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مُضَافًا إِلَى الْمُسْتَقْبَلِ وَعَقْدُ الشَّرِكَةِ يَحْتَمِلُ الْإِضَافَةَ لِأَنَّهُ عَقْدُ تَوْكِيلٍ، فَعَلَى هَذَا يَكُونُ الْعَقْدُ عَلَى الدَّرَاهِمِ. وَاخْتَارَ شَمْسُ الْأَيْمَةِ السَّرْحَسِيُّ وَصَاحِبُ الْهِدَايَةِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ عَقْدُ الشَّرِكَةِ بِالْإِتِّفَاقِ وَهُوَ أَقْرَبُ إِلَى الْفَقْهِ لِبَقَاءِ جَهَالَةِ رَأْسِ الْمَالِ وَالرَّبْحِ عِنْدَ الْقِسْمَةِ، بِخِلَافِ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ بَعْدَ الْخَلْطِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ لَزَوَالِ الْجَهَالَةِ أَصْلًا لِأَنَّهَا مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا

بَاعَ نِصْفَ عَرْضِهِ بِنِصْفِ دَرَاهِمٍ صَاحِبِهِ ثُمَّ اشْتَرَكَ لِأَنَّ الدَّرَاهِمَ بِهَذَا الْعَقْدِ صَارَتْ نِصْفَيْنِ يَتَنَهَمَا فَيَكُونُ ذَلِكَ رَأْسَ مَالِهِمَا ثُمَّ يَتَّبَعُ حُكْمُ الشَّرِكَةِ فِي الْعُرُوضِ تَبَعًا، وَقَدْ يَدْخُلُ فِي الْعَقْدِ تَبَعًا مَا لَا يَجُوزُ إيرادُ الْعَقْدِ عَلَيْهِ كَتَبْعِ الشَّرْبِ تَبَعًا لِلأَرْضِ.

ثُمَّ الْمُصَنَّفُ اخْتَارَ عَدَمَ الْجَوَازِ وَعَدَلَ عَمَّا ذَكَرَهُ الْقُدُورِيُّ فَقَالَ: وَهَذِهِ شَرِكَةُ مَلِكٍ عِنْدِي لِأَنَّ مَا ذَكَرَهُ الْقُدُورِيُّ أَنَّهُ شَرِكَةُ عَقْدٍ وَلَا اعْتِبَارَ بِهَذَا الْعَقْدِ بَعْدَ الْبَيْعِ لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّ الْعُرُوضَ لَا تَصْلُحُ رَأْسَ مَالِ الشَّرِكَةِ، وَنَظِيرُهُ مَا ذَكَرَهُ الْقُدُورِيُّ، وَيُسْتَحَبُّ لِلْمُتَوَضِّعِ أَنْ يَنْوِيَ الطَّهَّارَةَ، ثُمَّ عَدَلَ الْمُصَنَّفُ بِقَوْلِهِ وَالتَّيَّةُ فِي الْوُضُوءِ سُنَّةٌ، وَلَهُ فِي هَذَا الْكِتَابِ نَظَائِرٌ كَثِيرَةٌ. وَقَوْلُهُ (يَبِيعُ صَاحِبُ الْأَقْلَ بِقَدْرِ مَا تَتَّبَعُ بِهِ الشَّرِكَةُ) نَظِيرُهُ مَا إِذَا كَانَ قِيَمَةُ عُرُوضٍ أَحَدِهِمَا أَرْبَعِمِائَةِ دِرْهَمٍ مِثْلًا وَقِيَمَةُ عُرُوضِ الْآخَرِ مِائَةً دِرْهَمٍ يَبِيعُ صَاحِبُ الْأَقْلَ أَرْبَعَةَ أَخْمَاسِ عَرْضِهِ بِخُمُسِ عَرْضِ الْآخَرِ فَيَصِيرُ الْمَتَاعُ كُلُّهُ أَخْمَاسًا وَيَكُونُ الرَّبْحُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدْرِ رَأْسِ مَالِيهِمَا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ (وَأَمَّا شَرِكَةُ الْعِنَانِ فَتَتَعَقَّدُ عَلَى الْوَكَالَةِ دُونَ الْكِفَالَةِ، وَهِيَ أَنْ يَشْتَرِكَ اثْنَانِ فِي نَوْعٍ بَرٍّ أَوْ طَعَامٍ، أَوْ يَشْتَرِكَانِ فِي عُمُومِ التَّجَارَاتِ وَلَا يَذْكُرَانِ الْكِفَالَةَ)، وَأَنْعَقَادُهُ عَلَى الْوَكَالَةِ لِتَحَقُّقِ مَقْصُودِهِ كَمَا بَيَّنَّا، وَلَا تَتَعَقَّدُ عَلَى الْكِفَالَةِ؛ لِأَنَّ اللفظَ مُشْتَقٌّ مِنَ الْأَعْرَاضِ يُقَالُ عَنْ لَهٍ: أَيَّ عَرْضٍ، وَهَذَا لَا يُنْبِئُ عَنِ الْكِفَالَةِ وَحُكْمِ التَّصَرُّفِ لَا يَتَّبَعُ بِخِلَافِ مُقْتَضَى الْلفظِ.

الشرح:

قَالَ (وَأَمَّا شَرِكَةُ الْعِنَانِ) هَذَا عَطْفٌ عَلَى قَوْلِهِ فِي أَوَّلِ كِتَابِ الشَّرِكَةِ، فَأَمَّا شَرِكَةُ الْمُفَاوِضَةِ وَالْعِنَانِ مَاخُودٌ مِنْ عَنْ إِذَا عَرَضَ، سُمِّيَ بِهِ لِأَنَّهُ شَيْءٌ عَرَضَ فِي هَذَا الْقَدْرِ لَا عَلَى عُمُومِ الْوَكَالَةِ وَالْكَفَالَةِ. وَقِيلَ إِنَّهُ مَاخُودٌ مِنْ عِنَانِ الْفَرَسِ لِأَنَّ الْفَارِسَ يُمَسِّكُ الْعِنَانَ بِإِحْدَى يَدَيْهِ وَيَتَصَرَّفُ بِالْأُخْرَى، فَكَذَلِكَ الشَّرِيكُ هُنَا شَارَكَ فِي بَعْضِ مَالِهِ وَأَنْفَرَدَ بِالْبَاقِي وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (كَمَا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ مِنْ قَبْلُ، وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ التَّصَرُّفُ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ عَقْدَ الشَّرِكَةِ قَابِلًا لِلْوَكَالَةِ لِيَكُونَ مَا يُسْتَفَادُ بِالتَّصَرُّفِ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا فَيَتَحَقَّقُ حُكْمُهُ الْمَطْلُوبُ مِنْهُ.

(وَيَصِحُّ التَّفَاضُلُ فِي الْمَالِ) لِلْحَاجَةِ إِلَيْهِ وَلَيْسَ مِنْ قَضِيَّةِ الْلفظِ الْمَسَاوَاةِ.

(وَيَصِحُّ أَنْ يَتَسَاوَيَا فِي الْمَالِ وَيَتَفَاضِلَا فِي الرَّيْحِ) وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ: لَا تَجُوزُ لِأَنَّ التَّفَاضُلَ فِيهِ يُؤَدِّي إِلَى رِيحٍ مَا لَمْ يُضْمَنْ، فَإِنَّ الْمَالَ إِذَا كَانَ نِصْفَيْنِ وَالرَّيْحَ أَثْلَاثًا فَصَاحِبُ الزِّيَادَةِ يَسْتَحِقُّهَا بِلا ضَمَانٍ، إِذَا الضَّمَانُ بِقَدْرِ رَأْسِ الْمَالِ، وَلِأَنَّ الشَّرِيكَتَ عِنْدَهُمَا فِي الرَّيْحِ لِلشَّرِيكَتِ فِي الْأَصْلِ، وَلِهَذَا يَشْتَرِطَانِ الْخَلْطَ، فَصَارَ رِيحُ الْمَالِ بِمَنْزِلَتِهِ نَمَاءٍ الْأَعْيَانِ فَيُسْتَحَقُّ بِقَدْرِ الْمَلِكِ فِي الْأَصْلِ.

وَلَنَا قَوْلُهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «الرَّيْحُ عَلَى مَا شَرَطْنَا، وَالْوَضِيعَةُ عَلَى قَدْرِ الْمَالَيْنِ»^(١) وَلَمْ يَفْصِلْ، وَلِأَنَّ الرَّيْحَ كَمَا يُسْتَحَقُّ بِالْمَالِ يُسْتَحَقُّ بِالْعَمَلِ كَمَا فِي الْمُضَارَبَةِ؛ وَقَدْ يَكُونُ أَحَدُهُمَا أَحَدَقُّ وَأَهْدَى وَأَكْثَرُ عَمَلًا وَأَقْوَى فَلَا يَرْضَى بِالْمُسَاوَاةِ فَمَسَّتِ الْحَاجَةُ إِلَى التَّفَاضُلِ، بِخِلَافِ اشْتِرَاطِ جَمِيعِ الرَّيْحِ لِأَحَدِهِمَا لِأَنَّهُ يَخْرُجُ الْعَقْدُ بِهِ مِنَ الشَّرِيكَتِ وَمِنَ الْمُضَارَبَةِ أَيْضًا إِلَى قَرْضٍ بِاشْتِرَاطِهِ لِلْعَامِلِ أَوْ إِلَى بَضَاعَةٍ بِاشْتِرَاطِهِ لِرَبِّ الْمَالِ، وَهَذَا الْعَقْدُ يُشَبِّهُ الْمُضَارَبَةَ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَعْمَلُ فِي مَالِ الشَّرِيكِ، وَيُشَبِّهُ الشَّرِيكَتَ اسْمًا وَعَمَلًا فَإِنَّهُمَا يَعْمَلَانِ فَعَمِلْنَا بِشَبِّهِ الْمُضَارَبَةِ. وَقُلْنَا: يَصِحُّ اشْتِرَاطُ الرَّيْحِ مِنْ غَيْرِ ضَمَانٍ وَيُشَبِّهُ الشَّرِيكَتَ حَتَّى لَا تَبْطُلَ بِاشْتِرَاطِ الْعَمَلِ عَلَيْهَا.

الشرح:

وَيَصِحُّ أَنْ يَتَسَاوَيَا فِي الْمَالِ وَيَتَفَاضِلَا فِي الرَّيْحِ. وَجُمْلَةُ الْقَوْلِ فِي ذَلِكَ أَنَّهُمَا إِنْ شَرَطَا الْعَمَلَ عَلَيْهِمَا وَشَرَطَا التَّفَاوُتَ فِي الرَّيْحِ مَعَ التَّسَاوِي فِي رَأْسِ الْمَالِ جَازَ عِنْدَ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ وَيَكُونُ الرَّيْحُ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا شَرَطُوا وَإِنْ عَمِلَ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ. وَأَمَّا إِذَا شَرَطَا الْعَمَلَ عَلَى أَحَدِهِمَا، فَإِنْ شَرَطَا الرَّيْحَ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدْرِ رَأْسِ مَالِهِمَا جَازَ وَيَكُونُ مَالُ الَّذِي لَا عَمَلَ عَلَيْهِ بِضَاعَةً عِنْدَ الْعَامِلِ لَهُ رِبْحُهُ وَعَلَيْهِ وَضِيعَتُهُ، وَإِنْ شَرَطَا الرَّيْحَ لِلْعَامِلِ أَكْثَرَ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ جَازَ أَيْضًا عَلَى الشَّرْطِ وَيَكُونُ مَالُ الدَّافِعِ عِنْدَ الْعَامِلِ مُضَارَبَةً؛ وَلَوْ شَرَطَا الرَّيْحَ لِلدَّافِعِ أَكْثَرَ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ لَا يَصِحُّ الشَّرْطُ وَيَكُونُ مَالُ الدَّافِعِ عِنْدَ الْعَامِلِ بِضَاعَةً لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا رِبْحُ مَالِهِ وَالْوَضِيعَةُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدْرِ رَأْسِ مَالِهِمَا أَبَدًا (قَوْلُهُ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ وَالشَّافِعِيِّ) وَاضِحٌ (قَوْلُهُ وَلَنَا قَوْلُهُ ﷺ: «الرَّيْحُ عَلَى مَا شَرَطَ الْعَاقِدَانِ، وَالْوَضِيعَةُ عَلَى قَدْرِ الْمَالِ» رَوَاهُ أَصْحَابُنَا فِي كُتُبِهِمْ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ

﴿قَوْلُهُ مِنْ غَيْرِ فَضْلٍ﴾ يَعْنِي بَيْنَ التَّفَاضُلِ وَالتَّسَاوِي (قَوْلُهُ كَمَا فِي الْمُضَارَبَةِ) أَعْتَرَضَ عَلَيْهِ بِأَنَّهُ إِذَا أَحَقُّنْتُمْ هَذَا الْعَقْدَ بِالْمُضَارَبَةِ صَارَ فِي التَّقْدِيرِ كَأَنَّهُ قَالَ: أَعْمَلُ فِي مَالِكَ وَرَبْحُهُ لَكَ، وَأَعْمَلُ فِي مَالِي وَرَبْحُهُ بَيْنَنَا وَفِي الْمُضَارَبَةِ إِذَا شَرِطَ عَمَلُ رَبِّ الْمَالِ فِيهَا يَبْطُلُ الْعَقْدُ وَقَدْ جَوَزْتُمْ هَذِهِ الشَّرْكَةَ وَإِنْ شَرِطَ عَمَلُهُمَا. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ لَيْسَ هَذَا الْعَقْدُ مُضَارَبَةً مِنْ كُلِّ وَجْهِ عَلَى مَا سَنَذْكُرُهُ أَنَّهُ يُشَبِّهُهَا مِنْ وَجْهِ، وَمَا أَشَبَّهَ الشَّيْءَ مِنْ وَجْهِ لَا يَلْزَمُ أَنْ يَأْخُذَ حُكْمُهُ مِنْ كُلِّ وَجْهِ.

وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ اشْتِرَاطِ جَمِيعِ الرَّبْحِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ إِذَا شَرِطَ جَمِيعُ الرَّبْحِ لِأَحَدِهِمَا لَا يَجُوزُ، فَكَذَا إِذَا شَرِطَ الْفَضْلُ وَالْجَامِعُ الْعُدُولُ بِالرَّبْحِ عَنِ التَّقْسِيطِ عَلَى قَدْرِ الْمَالِ. وَوَجْهُ الْجَوَابِ أَنَّ بِشَرْطِ جَمِيعِ الرَّبْحِ يَخْرُجُ الْعَقْدُ مِنَ الشَّرْكَةِ وَالْمُضَارَبَةِ إِلَى قَرْضٍ أَوْ بِضَاعَةٍ، لِأَنَّهُ إِنْ شَرِطَ الْجَمِيعُ لِلْعَامِلِ صَارَ قَرْضًا، وَإِنْ شَرِطَ لِرَبِّ الْمَالِ صَارَ بِضَاعَةً، وَهَذَا الْعَقْدُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَخْرُجَ عَنْهُمَا لِأَنَّهُ يُشَبِّهُ الْمُضَارَبَةَ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَعْمَلُ فِي مَالِ الشَّرِيكَ وَيُشَبِّهُ الشَّرْكَةَ أَيَّ شَرْكَةِ الْمَفَاوِضَةِ اسْمًا وَعَمَلًا فَإِنَّهُمَا يَعْمَلَانِ مَعًا فَعَمِلْنَا بِشَبِّهِ الْمُضَارَبَةِ.

وَقُلْنَا: يَصِحُّ اشْتِرَاطُ الرَّبْحِ مِنْ غَيْرِ ضَمَانٍ، فَإِنَّ اشْتِرَاطَ زِيَادَةِ الرَّبْحِ مَوْجُودٌ فِي الْمُضَارَبَةِ وَهُوَ جَائِزٌ مَعَ ذَلِكَ بِالْإِجْمَاعِ، وَهَذَا يَتَضَمَّنُ الْجَوَابَ عَنْ قَوْلِهِمَا إِنْ اشْتَرَا زِيَادَةَ الرَّبْحِ لِأَحَدِهِمَا يُؤَدِّي إِلَى رِبْحٍ مَا لَمْ يُضْمَنْ، وَعَمِلْنَا بِشَبِّهِ الشَّرْكَةِ حَتَّى لَا يَبْطُلَ بِاشْتِرَاطِ الْعَمَلِ عَلَيْهِمَا.

قَالَ (وَيَجُوزُ أَنْ يَعْقِدَهَا كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِبَعْضِ مَالِهِ دُونَ الْبَعْضِ) لِأَنَّ الْمَسَاوَاةَ فِي الْمَالِ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ فِيهِ إِذَا اللفظُ لَا يَقْتَضِيهِ (وَلَا يَصِحُّ إِلَّا بِمَا بَيَّنَّا) أَنَّ الْمَفَاوِضَةَ تَصِحُّ بِهِ لِلْوَجْهِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ (وَيَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِكََا وَمِنْ جِهَةٍ أَحَدِهِمَا دَنَائِيرُ وَمِنْ الْآخَرِ دَرَاهِمُ، وَكَذَا مِنْ أَحَدِهِمَا دَرَاهِمُ بَيْضٌ وَمِنْ الْآخَرِ سُودٌ) وَقَالَ زُهْرٌ وَالشَّافِعِيُّ: لَا يَجُوزُ، وَهَذَا بِنَاءً عَلَى اشْتِرَاطِ الْخَلْطِ وَعَدَمِهِ فَإِنْ عِنْدَهُمَا شَرْطٌ وَلَا يَتَحَقَّقُ ذَلِكَ فِي مُخْتَلَفِي الْجِنْسِ، وَسَنَبَيْنَاهُ مِنْ بَعْدِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. قَالَ (وَمَا اشْتَرَاهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِلشَّرِكَةِ طَوْلَبُ بِمَنْعِهِ دُونَ الْآخَرِ لَمَّا بَيَّنَّا) أَنَّهُ يَتَضَمَّنُ الْوَكَاةَ دُونَ الْكَفَالَةِ، وَالْوَكِيلُ هُوَ الْأَصْلُ فِي الْحَقُوقِ. قَالَ (ثُمَّ يَرْجِعُ عَلَى شَرِيكِهِ بِحَصِّتِهِ مِنْهُ) مَعْنَاهُ إِذَا أَدَّى مِنْ مَالِ نَفْسِهِ؛ لِأَنَّهُ

وَكَيْلٍ مِنْ جِهَتِهِ فِي حِصَّتِهِ فَإِذَا نَقَدَ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ رَجَعَ عَلَيْهِ، فَإِنْ كَانَ لَا يَعْرِفُ ذَلِكَ إِلَّا بِقَوْلِهِ فَعَلَيْهِ الْحُجَّةُ؛ لِأَنَّهُ يَدَّعِي وَجُوبَ الْمَالِ فِي ذِمَّتِهِ الْآخِرَ وَهُوَ يُنْكِرُ، وَالْقَوْلُ لِلْمُنْكَرِ مَعَ يَمِينِهِ

الشرح:

قَالَ (وَيَجُوزُ أَنْ يَعْقِدَهَا كُلُّ وَاحِدٍ إلخ) أَيُّ يَجُوزُ أَنْ يَعْقِدَ شَرَكَةَ الْعَنَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِبَعْضِ مَالِهِ دُونَ الْبَعْضِ، لِأَنَّ الْمُسَاوَاةَ فِي الْمَالِ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ فِيهِ: أَيُّ فِي هَذَا الْعَقْدِ، إِذْ اللَّفْظُ: أَيُّ لَفْظُ الْعَنَانِ لَا يَفْتَضِيهِ: أَيُّ لَا يَقْتَضِي الْمُسَاوَاةَ بِتَأْوِيلِ الْأَسْتِوَاءِ، بِخِلَافِ لَفْظِ الْمُفَاوَضَةِ (قَوْلُهُ لِلْوَجْهِ الَّذِي ذَكَرْتَاهُ) يَعْنِي مَا ذَكَرَهُ فِي أَوَّلِ هَذَا الْفَصْلِ أَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى رِنَحٍ مَا لَمْ يُضْمَنْ. وَقَوْلُهُ (وَيَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِكََا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (فَإِنْ كَانَ لَا يَعْرِفُ ذَلِكَ إِلَّا بِقَوْلِهِ) يَعْنِي إِذَا لَمْ يُعْرِفْ أَنَّهُ أَدَّى الثَّمَنَ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ أَوْ مِنْ مَالِ الشَّرَكَةِ إِلَّا بِقَوْلِهِ فَعَلَيْهِ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ، فَإِنْ عَجَزَ عَنْ ذَلِكَ فَالْقَوْلُ لَصَاحِبِهِ مَعَ يَمِينِهِ.

قَالَ (وَإِذَا هَلَكَ مَالُ الشَّرَكَةِ أَوْ أَحَدُ الْمَالَيْنِ قَبْلَ أَنْ يَشْتَرِيَ شَيْئًا بَطَلَتِ الشَّرَكَةُ) لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ فِي عَقْدِ الشَّرَكَةِ الْمَالُ، فَإِنَّهُ يَتَعَيَّنُ فِيهِ كَمَا فِي الْهَبَةِ وَالْوَصِيَّةِ، وَبِهَلاكِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ يَبْطُلُ الْعَقْدُ كَمَا فِي الْبَيْعِ، بِخِلَافِ الْمُضَارَبَةِ وَالْوَكَالَةِ الْمُفْرَدَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَعَيَّنُ الثَّمَنَانِ فِيهِمَا بِالتَّعْيِينِ، وَإِنَّمَا يَتَعَيَّنَانِ بِالْقَبْضِ عَلَى مَا عُرِفَ، وَهَذَا ظَاهِرٌ فِيمَا إِذَا هَلَكَ الْمَالَانِ، وَكَذَا إِذَا هَلَكَ أَحَدُهُمَا؛ لِأَنَّهُ مَا رَضِيَ بِشَرَكَةِ صَاحِبِهِ فِي مَالِهِ إِلَّا لِيُشْرِكَهُ فِي مَالِهِ، فَإِذَا فَاتَ ذَلِكَ لَمْ يَكُنْ رَاضِيًا بِشَرَكَتِهِ فَيَبْطُلُ الْعَقْدُ لِعَدَمِ فَائِدَتِهِ، وَآيُهُمَا هَلَكَ هَلَكَ مِنْ مَالِ صَاحِبِهِ؛ إِنْ هَلَكَ فِي يَدِهِ فَظَاهِرٌ، وَكَذَا إِذَا كَانَ هَلَكَ فِي يَدِ الْآخَرِ لِأَنَّهُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ، بِخِلَافِ مَا بَعْدَ الْخَلْصِ حَيْثُ يَهْلِكُ عَلَى الشَّرَكَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَمَيَّزُ فَيُجْعَلُ الْهَالِكُ مِنَ الْمَالَيْنِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ إِذَا هَلَكَ مَالُ الشَّرَكَةِ) ظَاهِرٌ، وَقَيَّدَ الْوَكَالََةَ بِالْمُفْرَدَةِ اخْتِرَازًا عَنْ الْوَكَالَةِ الثَّابِتَةِ فِي ضِمْنِ عَقْدِ الشَّرَكَةِ وَفِي ضِمْنِ عَقْدِ الرَّهْنِ فَإِنَّهَا فِيهِمَا تَبْطُلُ بِبُطْلَانِ مَا تَضَمَّنَهَا مِنَ الشَّرَكَةِ وَالرَّهْنِ لِأَنَّ الْمُتَضَمَّنَ يَبْطُلُ بِبُطْلَانِ الْمُتَضَمَّنِ تَبْعًا، وَأَمَّا الْوَكَالََةُ الْمُفْرَدَةُ كَمَنْ وَكَّلَ رَجُلًا بِشِرَاءِ عَبْدٍ وَدَفَعَ إِلَيْهِ دَرَاهِمَ فَهَلَكَتْ فَإِنَّهَا لَا تَبْطُلُ، وَأَمَّا

المُضَارَبَةُ فَقَدْ قَالَ فَخَرُ الْإِسْلَامُ فِي شَرْحِ الزِّيَادَاتِ: بِخِلَافِ الْمُضَارَبَةِ وَالشَّرِكَةِ فَإِنَّهَا تَتَعَيَّنُ، حَتَّى إِذَا هَلَكَتْ قَبْلَ التَّسْلِيمِ بَطُلَتِ الْمُضَارَبَةُ، وَهُوَ مُخَالَفٌ لِمَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ أَنَّهَا تَتَعَيَّنُ فِيهَا بِالْقَبْضِ فَلَعَلَّ فِي الْمَسْأَلَةِ رِوَايَتَيْنِ، (قَوْلُهُ لِأَنَّهُ مَا رَضِيَ بِشَرِكَةِ صَاحِبِهِ فِي مَالِهِ) أَيْ الشَّرِيكَ الَّذِي لَمْ يَهْلِكْ مَالُهُ مَا رَضِيَ بِشَرِكَةِ صَاحِبِهِ الَّذِي هَلَكَ مَالُهُ إِلَّا عَلَى تَقْدِيرِ بَقَاءِ مَالِهِ بِشَرِكَتِهِ فِي مَالِهِ كَمَا يَشْتَرِكُ هُوَ فِي مَالِ هَذَا (قَوْلُهُ وَأَيُّهُمَا هَلَكَ مِنْ مَالِ صَاحِبِهِ) ظَاهِرٌ.

(وَأِنْ اشْتَرَى أَحَدُهُمَا بِمَالِهِ وَهَلَكَ مَالُ الْآخَرِ قَبْلَ الشَّرَاءِ فَلِلمُشْتَرَى بَيْنَهُمَا عَلَى مَا شَرَطًا) لِأَنَّ الْمَلِكَ حِينَ وَقَعَ وَقَعَ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا لِقِيَامِ الشَّرِكَةِ وَهَتْ الشَّرَاءُ فَلَا يَتَغَيَّرُ الْحُكْمُ بِهَلَاكِ مَالِ الْآخَرِ بَعْدَ ذَلِكَ، ثُمَّ الشَّرِكَةُ شَرِكَةُ عَقْدٍ عِنْدَ مُحَمَّدٍ خِلَافًا لِلْحَسَنِ بْنِ زِيَادٍ، حَتَّى إِنْ أَتَاهُمَا بَاعَ جَازَ بَيْعُهُ، لِأَنَّ الشَّرِكَةَ قَدْ تَمَّتْ فِي الْمُشْتَرَى فَلَا يَنْقُصُ بِهَلَاكِ الْمَالِ بَعْدَ تَمَامِهَا. قَالَ (وَيَرْجِعُ عَلَى شَرِيكِهِ بِحِصَّتِهِ مِنْ ثَمَنِهِ) لِأَنَّهُ اشْتَرَى نِصْفَهُ بِوَكَالَتِهِ وَنَقَدَ الثَّمَنَ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ، هَذَا إِذَا اشْتَرَى أَحَدُهُمَا بِأَحَدِ الْمَالَيْنِ أَوْ لَا ثُمَّ هَلَكَ مَالُ الْآخَرِ. أَمَّا إِذَا هَلَكَ مَالُ أَحَدِهِمَا ثُمَّ اشْتَرَى الْآخَرُ بِمَالِ الْآخَرِ، إِنْ صَرَحَا بِالْوَكَالَةِ فِي عَقْدِ الشَّرِكَةِ فَلِلمُشْتَرَى مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا شَرَطًا، لِأَنَّ الشَّرِكَةَ إِنْ بَطُلَتْ فَالْوَكَالَةُ الْمَصْرُوحُ بِهَا قَائِمَةٌ فَكَانَ مُشْتَرَكًا بِحُكْمِ الْوَكَالَةِ، وَيَكُونُ شَرِكَةَ مَلِكٍ وَيَرْجِعُ عَلَى شَرِيكِهِ بِحِصَّتِهِ مِنْ الثَّمَنِ لِمَا بَيَّنَّاهُ، وَإِنْ ذَكَرَا مُجَرَّدَ الشَّرِكَةِ وَلَمْ يَنْصُحَا عَلَى الْوَكَالَةِ فِيهَا كَانَ الْمُشْتَرَى لِلَّذِي اشْتَرَاهُ خَاصَّةً، لِأَنَّ الْوُقُوعَ عَلَى الشَّرِكَةِ حُكْمُ الْوَكَالَةِ الَّتِي تَضْمِنُهَا الشَّرِكَةُ، فَإِذَا بَطُلَتْ يَبْطُلُ مَا فِي ضِمَنِهَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا صَرَحَ بِالْوَكَالَةِ لِأَنَّهَا مَقْصُودَةٌ.

الشرح:

وقوله (ثم الشَّرِكَةُ شَرِكَةُ عَقْدٍ عِنْدَ مُحَمَّدٍ خِلَافًا لِلْحَسَنِ بْنِ زِيَادٍ) فَإِذْنُهُ تَظْهَرُ فِي حَقِّ جَوَازِ بَيْعِ الْكُلِّ. فَعِنْدَ مُحَمَّدٍ أَيُّهُمَا بَاعَهُ جَازَ بَيْعُهُ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ قَدْ تَمَّتْ فِي الْمُشْتَرَى فَلَا يَنْقُصُ بِهَلَاكِ الْمَالِ بَعْدَ تَمَامِهَا كَمَا لَوْ كَانَ الْهَلَاكُ بَعْدَ الشَّرَاءِ بِالْمَالَيْنِ جَمِيعًا. وَعِنْدَ الْحَسَنِ بْنِ زِيَادٍ لَا يَنْقُصُ بَيْعُ أَحَدِهِمَا إِلَّا فِي حِصَّتِهِ لِأَنَّ شَرِكَةَ الْعَقْدِ قَدْ بَطُلَتْ بِهَلَاكِ الْمَالِ كَمَا لَوْ هَلَكَ قَبْلَ الشَّرَاءِ بِمَالِ الْآخَرِ، وَإِنَّمَا بَقِيَ مَا هُوَ حُكْمُ

الشَّرَاءُ وَهُوَ الْمَلِكُ فَكَانَتْ شَرِكَتُهُمَا فِي الْمَتَاعِ شَرِكَةٌ مَلِكٍ (قَوْلُهُ وَقَدْ بَيَّنَّا) إِشَارَةً إِلَى قَوْلِهِ مَعْنَاهُ إِذَا أَدَّى مِنْ مَالٍ نَفْسِهِ إلخ (قَوْلُهُ أَمَّا إِذَا هَلَكَ مَالُ أَحَدِهِمَا ثُمَّ اشْتَرَى الْآخَرُ) وَاضِحٌ. قَوْلُهُ لَمَّا بَيَّنَّا) إِشَارَةً إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّهُ وَكَيْلٌ مِنْ جِهَتِهِ

قَالَ (وَتَجُوزُ الشَّرِكَةُ وَإِنْ لَمْ يَخْلُطَا الْمَالَ) وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ: لَا تَجُوزُ لِأَنَّ الرَّبِيحَ فَرَعُ الْمَالِ، وَلَا يَقَعُ الْفَرَعُ عَلَى الشَّرِكَةِ إِلَّا بَعْدَ الشَّرِكَةِ فِي الْأَصْلِ وَأَنَّهُ بِالْخَلْطِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْمَحَلَّ هُوَ الْمَالُ وَلِهَذَا يُضَافُ إِلَيْهِ، وَيُشْتَرَطُ تَعْيِينُ رَأْسِ الْمَالِ، بِخِلَافِ الْمُضَارَبَةِ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِشَرِكَةٍ، وَإِنَّمَا هُوَ يَعْمَلُ لِرَبِّ الْمَالِ فَيَسْتَحِقُّ الرَّبِيحَ عِمَالَةً عَلَى عَمَلِهِ، أَمَّا هُنَا بِخِلَافِهِ، وَهَذَا أَصْلٌ كَبِيرٌ لُهُمَا حَتَّى يُعْتَبَرُ اتِّحَادُ الْجِنْسِ. وَيُشْتَرَطُ الْخَلْطُ وَلَا يَجُوزُ التَّفَاضُلُ فِي الرَّبِيحِ مَعَ التَّسَاوِي فِي الْمَالِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَأَنَّهُ بِالْخَلْطِ) أَيِ الشَّرِكَةِ فِي الْأَصْلِ عَلَى تَأْوِيلِ الْإِشْتِرَاكِ (قَوْلُهُ وَهَذَا إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّ الرَّبِيحَ فَرَعُ الْمَالِ) يَعْنِي وَإِنَّمَا قُلْنَا إِنَّ الرَّبِيحَ فَرَعُ الْمَالِ لِأَنَّ الْمَحَلَّ: أَيِ مَحَلِّ الشَّرِكَةِ هُوَ الْمَالُ وَلِهَذَا يُضَافُ إِلَيْهِ، وَيُقَالُ عَقْدُ شَرِكَةِ الْمَالِ وَيُشْتَرَطُ تَعْيِينُ رَأْسِ الْمَالِ وَمَا أُعْتَبِرَ التَّعْيِينُ إِلَّا لِتَكُونِ الشَّرِكَةُ فِي الثَّمَنِ مُسْتَنَدَةً إِلَى الْمَالِ بِخِلَافِ الْمُضَارَبَةِ فَإِنَّهَا تَصِحُّ بِدُونِ الْخَلْطِ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِشَرِكَةٍ، وَإِنَّمَا هُوَ عَامِلٌ لِرَبِّ الْمَالِ فَيَسْتَحِقُّ الرَّبِيحَ عِمَالَةً عَلَى قَدْرِ عَمَلِهِ (قَوْلُهُ وَهَذَا أَصْلٌ كَبِيرٌ) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّ الرَّبِيحَ فَرَعُ الْمَالِ (قَوْلُهُ حَتَّى يُعْتَبَرُ اتِّحَادُ الْجِنْسِ) يَعْنِي بِنَاءً عَلَى أَصْلِهِمَا ذَلِكَ، فَإِنَّهُ إِذَا كَانَ رَأْسُ مَالٍ أَحَدِهِمَا دَرَاهِمَ وَالْآخَرُ دَنَانِيرَ تَنَعَّدُ الشَّرِكَةُ بَيْنَهُمَا صَحِيحَةً عِنْدَنَا خِلَافًا لَزُفَرٍ وَالشَّافِعِيِّ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ رَأْسُ مَالٍ أَحَدِهِمَا بَيْضًا وَالْآخَرُ سُودًا.

وَلَا تَجُوزُ شَرِكَةُ التَّقْبُلِ وَالْأَعْمَالِ لِانْعِدَامِ الْمَالِ. وَلَنَا أَنَّ الشَّرِكَةَ فِي الرَّبِيحِ مُسْتَنَدَةٌ إِلَى الْعَقْدِ دُونَ الْمَالِ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ يُسَمَّى شَرِكَةً فَلَا بُدَّ مِنْ تَحَقُّقِ مَعْنَى هَذَا الْأَسْمِ فِيهِ فَلَمْ يَكُنِ الْخَلْطُ شَرْطًا، وَلِأَنَّ الدَّرَاهِمَ وَالْدَنَانِيرَ لَا يَتَعَيَّنَانِ فَلَا يُسْتَفَادُ الرَّبِيحُ بِرَأْسِ الْمَالِ، وَإِنَّمَا يُسْتَفَادُ بِالتَّصَرُّفِ لِأَنَّهُ فِي النِّصْفِ أَصِيلٌ وَفِي النِّصْفِ وَكَيْلٌ. وَإِذَا تَحَقَّقَتْ الشَّرِكَةُ فِي التَّصَرُّفِ بِدُونِ الْخَلْطِ تَحَقَّقَتْ فِي الْمُسْتَفَادِ بِهِ وَهُوَ الرَّبِيحُ بِدُونِهِ، وَصَارَ كَالْمُضَارَبَةِ فَلَا يُشْتَرَطُ اتِّحَادُ الْجِنْسِ وَالتَّسَاوِي فِي الرَّبِيحِ، وَتَصِحُّ شَرِكَةُ التَّقْبُلِ.

الشرح:

وَلَا تَجُوزُ شَرِكَةُ التَّقْبُلِ: أَيُّ عَلَى قَوْلِ زُفَرٍ وَالشَّافِعِيِّ لِإِعْدَامِ الْمَالِ. وَلَنَا أَنَّ الشَّرِكَةَ فِي الرَّبْحِ مُسْتَنَدَةٌ إِلَى الْعَقْدِ دُونَ الْمَالِ، وَكُلُّ مَا هُوَ مُسْتَنَدٌ إِلَيْهِ هُوَ الْأَصْلُ، أَمَّا أَنَّهَا مُسْتَنَدَةٌ إِلَى الْعَقْدِ فَلَأَنَّ الْعَقْدَ يُسَمَّى شَرِكَةً لَا الْمَالُ فَلَا بُدَّ مِنْ تَحْقِيقِ مَعْنَى الْأَسْمِ فِيهِ، وَأَمَّا أَنَّ كُلَّ مَا هُوَ مُسْتَنَدٌ إِلَيْهِ فَهُوَ الْأَصْلُ فَلَأَنَّ الْمُرَادَ بِالْمُسْتَنَدِ إِلَيْهِ هُوَ أَنْ يَكُونَ غَيْرُهُ مَبْنِيًّا عَلَيْهِ وَذَلِكَ حَدُّ الْأَصْلِ، وَإِنَّمَا عُبِّرَ عَنْهُ بِهَذِهِ الْعِبَارَةِ لِأَنَّ الرَّبْحَ فِي الْحَقِيقَةِ يَحْصُلُ مِنَ التَّصَرُّفِ وَالتَّصَرُّفُ يَحْصُلُ مِنَ الْعَقْدِ، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَتَصَرَّفُ فِي الْكُلِّ فِي بَعْضِهِ بِطَرِيقِ الْأَصَالَةِ وَفِي بَعْضِهِ بِطَرِيقِ الْوَكَالَةِ، فَكَانَ الْعَقْدُ عِلَّةَ الْعِلَّةِ، وَجَازَ أَنْ يُضَافَ الْحُكْمُ إِلَى عِلَّةِ الْعِلَّةِ كَمَا جَازَ أَنْ يُضَافَ إِلَى غَيْرِ الْعِلَّةِ، وَإِذَا كَانَ الْأَصْلُ هُوَ الْعَقْدُ وَهُوَ مَوْجُودٌ يَثْبُتُ الْحُكْمُ فِي الْفَرْعِ وَهُوَ الرَّبْحُ وَإِنْ لَمْ يَخْتَلُطُ الْمَالَانِ. وَالدَّلِيلُ الثَّانِي وَهُوَ قَوْلُهُ وَلَأَنَّ الدَّرَاهِمَ وَالذَّنَانِيرَ لَا تَتَعَيَّنَانِ كَالشَّرْحِ لِلدَّلِيلِ الْأَوَّلِ.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ الْعَقْدُ هُوَ الْأَصْلُ دُونَ الْمَالِ لَمَا بَطَلَتِ الشَّرِكَةُ بِهَلَاكِ الْمَالِ قَبْلَ أَنْ يَشْتَرِيَا بِهِ شَيْئًا لِأَنَّ هَلَاكَ الْمَالِ وَبَقَاةً إِذْ ذَاكَ بِمَنْزِلَةِ لَكُونِ الْأَصْلِ وَهُوَ الْعَقْدُ قَدْ وَجَدَ وَالْمَالُ مَوْجُودٌ فَلَا يُبَالُ بَعْدَ ذَلِكَ بِبَقَائِهِ. أُجِيبَ بِأَنَّ بَقَاءَ الْأَصْلِ شَرْطُ لَوْجُودِ الْفَرْعِ وَالْأَصْلُ قَدْ انْتَفَى بِانْتِفَاءِ شَرْطِهِ وَهُوَ الْمَحَلُّ فَكَذَلِكَ الْفَرْعُ. وَاعْتَرِضَ أَيْضًا بِأَنَّ الْمَالَيْنِ إِذَا لَمْ يَخْتَلُطَا بَقِيَا مُتَمَيِّزَيْنِ وَلَا شَرِكَةَ مَعَ التَّمْيِيزِ كَمَا فِي الْعُرُوضِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ عِلَّةَ فُسَادِ الشَّرِكَةِ فِي الْعُرُوضِ لَيْسَتْ التَّمْيِيزُ بَلْ هِيَ مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْإِفْضَاءِ إِلَى رِبْحٍ مَا لَمْ يُضْمَنْ. وَقَوْلُهُ (وَصَارَ كَالْمُضَارَبَةِ) يَعْنِي لَمَّا ظَهَرَ أَنَّ الْأَصْلَ هُوَ الْعَقْدُ دُونَ الْمَالِ كَانَ الرَّبْحُ مُسْتَحَقًّا بِالْعَقْدِ دُونَ الْمَالِ كَمَا فِي الْمُضَارَبَةِ، فَإِنَّهُ لَيْسَ هُنَاكَ خَلْطُ الْمَالَيْنِ وَالرَّبْحُ مُشْتَرَكٌ بِسَبَبِ الْعَقْدِ، وَإِذَا بَطَلَ ذَلِكَ الْأَصْلُ بَطَلَ الْفُرُوعُ الْمُتَرْتِبَةُ عَلَيْهِ فَلَا يَشْتَرِطُ اتِّحَادُ الْجِنْسِ وَالتَّسَاوِي فِي الرَّبْحِ وَتَصَحُّ شَرِكَةِ التَّقْبُلِ

قَالَ (وَلَا تَجُوزُ الشَّرِكَةُ إِذَا شَرِطَ لِأَحَدِهِمَا دَرَاهِمُ مُسَمَّاةً مِنَ الرَّبْحِ) لِأَنَّهُ شَرْطُ يُوجِبُ انْقِطَاعَ الشَّرِكَةِ فَعَسَاهُ لَا يُخْرِجُ إِلَّا قَدْرَ الْمُسَمَّى لِأَحَدِهِمَا، وَنَظِيرُهُ فِي الْمَزَارَعَةِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَلَا تَجُوزُ الشَّرِكَةُ) وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَنَظِيرُهُ فِي الْمَزَارَعَةِ) يَعْنِي أَنَّهُ إِذَا شَرِطَ

لأَحَدَهُمَا قُفْرَانٌ مُسَمَّاءٌ كَانَتْ فَاسِدَةً لِأَنَّ الشَّرِكَةَ تَنْقَطِعُ بِهِ، وَمِنْ شَرْطِ الْمَزَارَعَةِ أَنْ يَكُونَ الْخَارِجُ بَيْنَهُمَا شَائِعًا.

قَالَ (وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَفَاوِضِينَ وَشَرِيكِي الْعِنَانِ أَنْ يُبْذَعَ الْمَالُ) لِأَنَّهُ مُعْتَادٌ فِي عَقْدِ الشَّرِكَةِ، وَلِأَنَّ لَهُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ عَلَى الْعَمَلِ، وَالتَّحْصِيلُ بِغَيْرِ عَوْضٍ دُونَهُ فَيَمْلِكُهُ، وَكَذَا لَهُ أَنْ يُودِعَهُ لِأَنَّهُ مُعْتَادٌ وَلَا يَجِدُ التَّاجِرُ مِنْهُ بُدًّا. قَالَ (وَيُدْفَعُهُ مُضَارَبَةً)؛ لِأَنَّهَا دُونَ الشَّرِكَةِ فَتَضْمَنُهَا. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ لِأَنَّهُ نَوْعُ شَرِكَةٍ، وَالْأَصَحُّ هُوَ الْأَوَّلُ، وَهُوَ رَوَايَةُ الْأَصْلِ؛ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ غَيْرُ مَقْصُودَةٍ، وَإِنَّمَا الْمَقْصُودُ تَحْصِيلُ الرَّبْحِ كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَهُ بِأَجْرٍ بَلْ أَوَّلَى؛ لِأَنَّهُ تَحْصِيلٌ بِدُونِ ضَمَانٍ فِي ذِمَّتِهِ، بِخِلَافِ الشَّرِكَةِ حَيْثُ لَا يَمْلِكُهَا لِأَنَّ الشَّيْءَ لَا يَسْتَتَبِعُ مِثْلَهُ.

قَالَ (وَيُوكَّلُ مَنْ يَتَصَرَّفُ فِيهِ) لِأَنَّ التَّوَكِيلَ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ مِنْ تَوَابِعِ التَّجَارَةِ وَالشَّرِكَةُ انْعَقَدَتْ لِلتَّجَارَةِ، بِخِلَافِ الْوَكِيلِ بِالشِّرَاءِ حَيْثُ لَا يَمْلِكُ أَنْ يُوَكَّلَ غَيْرُهُ لِأَنَّهُ عَقْدٌ خَاصٌّ طُلِبَ مِنْهُ تَحْصِيلُ الْعَيْنِ فَلَا يَسْتَتَبِعُ مِثْلَهُ قَالَ (وَيُدْفَعُهُ فِي الْمَالِ يَدَ أَمَانَةٍ) لِأَنَّهُ قَبْضُ الْمَالِ بِإِذْنِ الْمَالِكِ لَا عَلَى وَجْهِ الْبَدَلِ وَالْوَثِيقَةِ فَصَارَ كَالْوَدِيعَةِ.

الشرح:

قَالَ: وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَفَاوِضِينَ. هَذَا بَيَانٌ مَا يَجُوزُ لِلشَّرِيكِ شَرِكَةَ مُفَاوَضَةٍ أَوْ عِنَانٍ أَنْ يَفْعَلَ وَأَنْ لَا يَفْعَلَ، يَجُوزُ لَهُ أَنْ يُبْذَعَ لِأَنَّهُ مُعْتَادٌ فِي عَقْدِ الشَّرِكَةِ، وَالْمُعْتَادُ جَازَ لَهُ الْعَمَلُ بِهِ، وَلِأَنَّ لَهُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ عَلَى الْعَمَلِ بِتَحْصِيلِ الرَّبْحِ بِلَا خِلَافٍ، وَكُلُّ مَنْ جَازَ لَهُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ لِتَحْصِيلِ الرَّبْحِ جَازَ لَهُ أَنْ يُبْذَعَ لِأَنَّ الاسْتِجَارَ تَحْصِيلٌ بِعَوْضٍ وَالْإِبْضَاعُ بِدُونِهِ فَكَانَ الاسْتِجَارُ أَعْلَى وَمَنْ مَلَكَ الْأَعْلَى مَلَكَ الْأَدْنَى، وَأَنْ يُودِعَ الْمَالُ لِأَنَّهُ مُعْتَادٌ وَلَا يَجِدُ التَّاجِرُ مِنْهُ بُدًّا، وَأَنْ يَدْفَعَ مُضَارَبَةً لِأَنَّهَا دُونَ الشَّرِكَةِ.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَيْسَ عَلَى الْمُضَارِبِ شَيْءٌ مِنَ الْوَضِيعَةِ وَأَنَّ الْمُضَارَبَةَ لَوْ فَسَدَتْ لَمْ يَكُنْ لِلْمُضَارِبِ شَيْءٌ مِنَ الرَّبْحِ فَيُمْكِنُ جَعْلُ الْمُضَارَبَةِ مُسْتَعَادَةً بِعَقْدِ الشَّرِكَةِ لِأَنَّهَا دُونَ الشَّرِكَةِ فَتَضْمَنُهَا الشَّرِكَةُ، هَذَا ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ (وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ، لِأَنَّهُ) أَيْ عَقْدُ الْمُضَارَبَةِ (نَوْعُ شَرِكَةٍ) لِأَنَّهُ إِجْبَابُ الشَّرِكَةِ لِلْمُضَارِبِ فِي الرَّبْحِ فَيَكُونُ مَنَزِلَةُ عَقْدِ الشَّرِكَةِ وَلَيْسَ لِأَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ أَنْ يُشَارِكَ مَعَ غَيْرِهِ بِمَالِ الشَّرِكَةِ فَكَذَا لَا يَدْفَعُهُ

مُضَارَبَةً (وَالأَوَّلُ) أَي جَوَّازُ الدَّفْعِ مُضَارَبَةً (أَصَحُّ وَهُوَ رِوَايَةُ الْأَصْلِ لِأَنَّ الشَّرِكََةَ) يَعْنِي فِي الْمُضَارَبَةِ غَيْرُ مَقْصُودَةٍ وَإِنَّمَا الْمَقْصُودُ تَحْصِيلُ الرَّبْحِ وَهُوَ ثَابِتٌ بِالْمُضَارَبَةِ فَيَمْلِكُهُ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ، كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا لِيَعْمَلَ فَإِنَّهُ يَجُوزُ قَوْلًا وَاحِدًا، فَهَذَا أَوَّلَى لِأَنَّهُ تَحْصِيلٌ بِدُونِ ضَمَانٍ فِي ذِمَّتِهِ، فَإِنَّ الْمُضَارِبَ إِذَا عَمِلَ وَلَمْ يَحْصُلِ الرَّبْحُ لَا يَجِبُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ شَيْءٌ، بِخِلَافِ الْإِجَارَةِ فَإِنَّ الْأَجِيرَ إِذَا عَمِلَ فِي التَّجَارَةِ وَلَمْ يَحْصُلِ شَيْءٌ مِنَ الرَّبْحِ يَكُونُ الْمُسْتَأْجَرُ ضَامِنًا لِلْأَجْرَةِ، بِخِلَافِ الشَّرِكََةِ حَيْثُ لَا يَمْلِكُهَا لِأَنَّ الشَّيْءَ لَا يَسْتَتَبِعُ مِثْلَهُ. فَإِنْ قِيلَ: هَذَا مَنْقُوضٌ بِالْمَكَاتِبِ فَإِنَّهُ جَازٌ لَهُ أَنْ يُكَاتِبَ عَبْدَهُ، وَالْعَبْدُ الْمَأْذُونُ لَهُ جَازٌ لَهُ أَنْ يَأْذَنَ لِعَبْدِهِ.

فَالْجَوَابُ أَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ مِنْ قِبَلِ الْاسْتِتْبَاعِ، فَإِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَطْلُقَ فِي الْكَسْبِ وَأَسْبَابِهِ، وَهَذَا مِنْ أَسْبَابِ الْكَسْبِ الْمَطْلُوقَةِ لَهَا لَا أَنَّهُ مِنَ الْمُسْتِتْبَعَاتِ، وَأَنْ يُوَكَّلَ مَنْ يَتَصَرَّفُ فِيهِ وَهُوَ ظَاهِرٌ. وَاعْتَرِضَ بِأَنَّ الْحُكْمَ الثَّابِتَ مَقْصُودًا أَعْلَى حَالًا مِنَ الْحُكْمِ الثَّابِتِ فِي ضِمْنِ شَيْءٍ آخَرَ لَا مَحَالَةَ، وَالْوَكِيلُ الَّذِي كَانَتْ وَكَالَتْهُ مَقْصُودَةً لَيْسَ لَهُ تَوْكِيلُ غَيْرِهِ، فَالْوَكِيلُ الَّذِي ثُبُتَ وَكَالَتْهُ فِي ضِمْنِ الشَّرِكََةِ كَيْفَ جَازَ لَهُ تَوْكِيلُ غَيْرِهِ. وَأُجِيبَ بِذَلِكَ الْجَوَابِ الْمَشْهُورِ وَهُوَ قَوْلُهُمْ: كَمْ مِنْ شَيْءٍ يَثْبُتُ ضِمْنَا وَلَا يَثْبُتُ قَصْدًا كَتَبْعِ الشَّرْبِ وَغَيْرِهِ، وَالشُّبْهَةُ وَجْهُ الْقِيَاسِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ، وَجَوَابُهَا وَجْهُ الْاسْتِحْسَانِ. وَقَوْلُهُ (لَا عَلَى وَجْهِ الْبَدَلِ) احْتِرَازٌ عَنِ الْمَقْبُوضِ عَلَى سَوْمِ الشَّرَاءِ، لِأَنَّ الْمَقْبُوضَ عَلَى سَوْمِ الشَّرَاءِ قَبْضٌ لِأَجْلِ أَنْ يَدْفَعَ الثَّمَنَ (قَوْلُهُ وَالْوَيْثَقَةُ) احْتِرَازٌ عَنِ الرَّهْنِ فَإِنَّ الرَّهْنَ مَقْبُوضٌ لِأَجْلِ الْوَيْثَقَةِ.

قَالَ (وَأَمَّا شَرِكَةُ الصَّنَائِعِ) وَتُسَمَّى شَرِكَةَ التَّقْبُلِ (كَالْخِيَّاطِينَ وَالصَّبَّاعِينَ) يَشْتَرِكَانِ عَلَى أَنْ يَتَقَبَّلَا الْأَعْمَالَ وَيَكُونَ الْكَسْبُ بَيْنَهُمَا فَيَجُوزُ ذَلِكَ) وَهَذَا عِنْدَنَا. وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ: لَا تَجُوزُ لِأَنَّ هَذِهِ شَرِكَةً لَا تُفِيدُ مَقْصُودَهَا وَهُوَ التَّنْمِيرُ؛ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، وَهَذَا لِأَنَّ الشَّرِكََةَ فِي الرَّبْحِ ثُبُتَتْ عَلَى الشَّرِكََةِ فِي الْمَالِ عَلَى أَصْلِهِمَا عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ. وَلَنَا أَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهُ التَّحْصِيلُ وَهُوَ مُمَكِّنٌ بِالتَّوَكُّلِ، لِأَنَّهُ لَمَّا كَانَ وَكِيلًا فِي التَّنْصِيفِ أَصِيلًا فِي التَّنْصِيفِ تَحَقَّقَتْ الشَّرِكَةُ فِي الْمَالِ الْمُسْتَفَادِ.

الشرح:

قَالَ (وَأَمَّا شَرِكَةُ الصَّنَائِعِ) كَلَامُهُ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لَا تُفِيدُ مَقْصُودَهُمَا) أَيُّ مَقْصُودِ الشَّرِيكَيْنِ وَهُوَ التَّشْمِيرُ ظَاهِرٌ. وَفِي بَعْضِ النُّسخِ: لَا تُفِيدُ مَقْصُودَهَا، أَضَافَ الْمَقْصُودَ إِلَى الشَّرِكَةِ وَإِنْ كَانَ الْمَقْصُودُ لِلشَّرِيكَيْنِ بِأَدْنَى مُلَابَسَةٍ وَهُوَ تَلْبُسُ الشَّرِيكَيْنِ بِعَقْدِ الشَّرِكَةِ.

وَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِ اتِّحَادُ الْعَمَلِ وَالْمَكَانِ خِلَافًا لِمَالِكٍ وَزُفَرٍ فِيهِمَا؛ لِأَنَّ الْمَعْنَى الْمَجُوزُ لِلشَّرِكَةِ وَهُوَ مَا ذَكَرْنَاهُ لَا يَتَفَاوَتُ

الشرح:

(قَوْلُهُ وَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِ) أَيُّ فِي هَذَا الْعَقْدِ اتِّحَادُ الْعَمَلِ وَالْمَكَانِ خِلَافًا لِرُفَرٍ وَمَالِكٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، قَالَا: إِنْ اتَّفَقَتِ الْأَعْمَالُ كَالْقَصَّارَيْنِ اشْتَرَكَا أَوْ صِبَّاعَيْنِ جَارَ، وَإِنْ اخْتَلَفَتْ كَصِبَّاعٍ وَقَصَّارٍ اشْتَرَكَا لَا يَجُوزُ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَاجِزٌ عَنِ الْعَمَلِ الَّذِي يَقْبَلُهُ صَاحِبُهُ، فَإِنَّ ذَلِكَ لَيْسَ مِنْ صَنْعَتِهِ فَلَا يَتَحَقَّقُ مَقْصُودُ الشَّرِكَةِ. وَلَنَا أَنَّ الْمَعْنَى الْمَجُوزَ لِلشَّرِكَةِ وَهُوَ مَا ذَكَرْنَاهُ أَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهُ التَّحْصِيلُ وَهُوَ مُمَكِّنٌ بِالتَّوَكُّيلِ لَا تَتَفَاوَتُ بِاتِّحَادِ الْعَمَلِ وَالْمَكَانِ أَوْ اخْتِلَافِهِمَا، أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَأَنَّ التَّوَكُّيلَ يَقْبَلُ الْعَمَلُ صَاحِبُهُ مِمَّنْ يُحْسِنُ مُبَاشَرَةً ذَلِكَ الْعَمَلِ وَمِمَّنْ لَا يُحْسِنُ لِأَنَّهُ لَا يَتَعَيَّنُ عَلَى الْمُتَقَبَّلِ إِقَامَةُ الْعَمَلِ بِيَدَيْهِ، بَلْ لَهُ أَنْ يُقِيمَ بِأَعْوَانِهِ وَأَجْرَائِهِ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا غَيْرُ عَاجِزٍ عَنِ ذَلِكَ فَكَانَ الْعَقْدُ صَاحِبًا. وَأَمَّا الثَّانِي فَلَأَنَّ أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ لَوْ عَمِلَ فِي دُكَّانٍ وَالْآخَرُ فِي دُكَّانٍ آخَرَ لَا يَتَفَاوَتُ الْحَالُ وَهُوَ ظَاهِرٌ. فَإِنْ قِيلَ: قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ مِنَ الْفُرُوعِ الْمُتَرْتِبَةِ عَلَى أَصْلِ زُفَرٍ وَالشَّافِعِيِّ فِي مَسْأَلَةِ الْخَلْطِ أَنَّ شَرِكَةَ التَّقْبِيلِ لَا تَجُوزُ فَكَيْفَ يَصِحُّ قَوْلُ زُفَرٍ مَعَ مَالِكٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ فِي جَوَازِهَا إِذَا كَانَتْ الْأَعْمَالُ مُتَّفَقَةً؟ أُجِيبَ بِأَنَّ زُفَرًا لَهُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَغْنَى الْخَلْطُ قَوْلَانِ، فَذَكَرَ الْمُصَنِّفُ فِي تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ حُكْمَ الرَّوَايَةِ الَّتِي يُشْتَرَطُ فِيهَا خَلْطُ الْمَالِ، وَذَكَرَ هُنَا حُكْمَ الرَّوَايَةِ الَّتِي لَا يُشْتَرَطُ وَلَكِنْ أَطْلَقَ فِي اللَّفْظِ وَلَمْ يَذْكُرْ اخْتِلَافَ الرَّوَايَتَيْنِ فَيَرَى ظَاهِرُهُ مُتَنَاقِضًا.

(وَلَوْ شَرَطًا الْعَمَلُ نِصْفَيْنِ وَالْمَالُ أَثْلَاثًا جَارَ) وَفِي الْقِيَاسِ: لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ بِقَدْرِ الْعَمَلِ، فَالزِّيَادَةُ عَلَيْهِ رِبْحٌ مَا لَمْ يُضْمَنْ فَلَمْ يَجْزِ الْعَقْدُ لِتَأْدِيبَتِهِ إِلَيْهِ، وَصَارَ

كَشْرِكَةِ الْوُجُوهِ، وَلَكِنَّا نَقُولُ: مَا يَأْخُذُهُ لَا يَأْخُذُهُ رِبْحًا لِأَنَّ الرِّبْحَ عِنْدَ اتِّحَادِ الْجِنْسِ، وَقَدْ اخْتَلَفَ لِأَنَّ رَأْسَ الْمَالِ عَمَلٌ وَالرِّبْحُ مَالٌ فَكَانَ بَدَلُ الْعَمَلِ وَالْعَمَلُ يُتَقَوَّمُ بِالتَّقْوِيمِ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِ مَا قُوْمَ بِهِ فَلَا يَحْرُمُ، بِخِلَافِ شَرِكَةِ الْوُجُوهِ؛ لِأَنَّ جِنْسَ الْمَالِ مُتَّفِقٌ وَالرِّبْحُ يَتَحَقَّقُ فِي الْجِنْسِ الْمُتَّفِقِ، وَرِبْحٌ مَا لَمْ يُضْمَنْ لَا يَجُوزُ إِلَّا فِي الْمُضَارَبَةِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَلَوْ شَرَطَا الْعَمَلُ نِصْفَيْنِ) أَيُّ إِذَا شَرَطَا فِي شَرِكَةِ التَّقْبُلِ وَلَمْ يَكُنْ مُفَاوِضَةً أَنْ يَكُونَ الْعَمَلُ نِصْفَيْنِ وَالرِّبْحُ الْحَاصِلُ أَثْلًا جَازَ اسْتِحْسَانًا. وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا تَصِحَّ لِأَنَّ الضَّمَانَ بِقَدْرِ مَا شَرِطَ عَلَيْهِ مِنَ الْعَمَلِ فَالزِّيَادَةُ عَلَيْهِ رِبْحٌ مَا لَمْ يُضْمَنْ فَلَمْ يَجْزِ الْعَقْدُ لِتَأْدِيَتِهِ إِلَيْهِ: أَيُّ إِلَى رِبْحٍ مَا لَمْ يُضْمَنْ فَصَارَ كَشْرِكَةِ الْوُجُوهِ فِي أَنَّ التَّفَاوُتَ فِيهَا فِي الرِّبْحِ لَا يَجُوزُ إِذَا كَانَ الْمُشْتَرَى بَيْنَهُمَا عَلَى السَّوَاءِ، وَأَمَّا إِذَا اشْتَرَطَا التَّفَاوُتَ فِي مِلْكِ الْمُشْتَرَى فَيَجُوزُ التَّفَاوُتُ حِينَئِذٍ فِي الرِّبْحِ فِي شَرِكَةِ الْوُجُوهِ أَيْضًا.

وَقَوْلُهُ (وَلَكِنَّا نَقُولُ) يَبَيِّنُ وَجْهَ الاسْتِحْسَانِ مَا يَأْخُذُهُ كُلُّ مِنَ الشَّرِيكَيْنِ لَا يَأْخُذُ رِبْحًا، لِأَنَّ الرِّبْحَ إِنَّمَا يَكُونُ عِنْدَ اتِّحَادِ الْجِنْسِ وَلِهَذَا قَالُوا: لَوْ اسْتَأْجَرَ ذَارًا بِعَشْرَةِ دَرَاهِمٍ ثُمَّ أَجَرَهَا بِثَوْبٍ يُسَاوِي خَمْسَةَ عَشَرَ جَازَ لَمَّا أَنَّ الرِّبْحَ لَا يَتَحَقَّقُ عِنْدَ اخْتِلَافِ الْجِنْسِ وَالْجِنْسُ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ لَمْ يَتَّحِدْ لِأَنَّ رَأْسَ الْمَالِ عَمَلٌ وَالرِّبْحُ مَالٌ فَكَانَ مَا يَأْخُذُهُ بَدَلُ الْعَمَلِ وَالْعَمَلُ يُتَقَوَّمُ بِالتَّقْوِيمِ، فَإِذَا رَضِيَ بِقَدْرِ مُعَيَّنٍ كَانَ ذَلِكَ مِنْهُمَا تَقْوِيمًا لِلْعَمَلِ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِ مَا قُوْمَ بِهِ وَلَا يَحْرُمُ لِأَنَّهُ لَمْ يُؤَدَّ إِلَى رِبْحٍ مَا لَمْ يُضْمَنْ، بِخِلَافِ شَرِكَةِ الْوُجُوهِ لِأَنَّ جِنْسَ الْمَالِ مُتَّفِقٌ وَهُوَ الثَّمَنُ الْوَاجِبُ فِي ذِمَّتِهِمَا دَرَاهِمٌ كَانَتْ أَوْ دَنَانِيرَ وَالرِّبْحُ يَتَحَقَّقُ فِي الْجِنْسِ الْمُتَّفِقِ. وَقَوْلُهُ (وَرِبْحٌ مَا لَمْ يُضْمَنْ) تَقْدِيرُهُ لَوْ جَازَ اشْتِرَاطُ زِيَادَةِ الرِّبْحِ كَانَ رِبْحٌ مَا لَمْ يُضْمَنْ، وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ إِلَّا فِي الْمُضَارَبَةِ، وَإِنَّمَا جَازَ فِيهَا لَوْ قُوْعِهِ بِمُقَابَلَةِ الْعَمَلِ فِي جَانِبِ الْمُضَارِبِ وَبِمُقَابَلَةِ الْمَالِ فِي جَانِبِ رَبِّ الْمَالِ وَلَيْسَ وَاحِدًا مِنْهُمَا فِي شَرِكَةِ الْوُجُوهِ وَلَا الضَّمَانِ بِمُقَابَلَةِ الرِّبْحِ مَوْجُودًا فَيَلْزَمُ فِيهَا رِبْحٌ مَا لَمْ يُضْمَنْ فَلَا يَجُوزُ.

قَالَ (وَمَا يَتَقَبَّلُهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنَ الْعَمَلِ يَلْزَمُهُ وَيَلْزَمُ شَرِيكَهُ) حَتَّى إِنْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُطَالَبُ بِالْعَمَلِ وَيُطَالَبُ بِالْأَجْرِ (وَيَبْرَأُ الدَّافِعُ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ) وَهَذَا ظَاهِرٌ فِي

المُفَاوَضَةِ وَفِي غَيْرِهَا اسْتِحْسَانٌ. وَالْقِيَاسُ خِلَافُ ذَلِكَ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ وَقَعَتْ مُطْلَقَةً
وَالْكَفَالَةُ مُقْتَضَى الْمَفَاوَضَةِ. وَجَهُ الْإِسْتِحْسَانِ أَنَّ هَذِهِ الشَّرِكَةَ (مُقْتَضِيَةً لِلضَّمَانِ)؛ أَلَا
تَرَى أَنَّ مَا يَتَقَبَّلُهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنَ الْعَمَلِ مَضْمُونٌ عَلَى الْآخَرِ، وَلِهَذَا يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ
بِسَبَبِ نَفَازِ تَقَبُّلِهِ عَلَيْهِ فَجَرَى مَجْرَى الْمَفَاوَضَةِ فِي ضَمَانِ الْعَمَلِ وَاقْتِضَاءِ الْبَدَلِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَمَا يَتَقَبَّلُهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنَ الْعَمَلِ يَلْزَمُهُ وَيَلْزَمُ شَرِيكَهُ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ
(وَيَبْرَأُ الدَّافِعُ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ) أَيُّ يَبْرَأُ دَافِعُ الْأَجْرَةِ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الشَّرِيكَيْنِ، قِيلَ فَيَجُوزُ
أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ وَيَبْرَأُ الدَّافِعُ مِنْ كُلِّ مِنَ الشَّرِيكَيْنِ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ: أَيُّ إِلَى صَاحِبِ الثَّوْبِ
مَثَلًا لَوْ أَخَذَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ ثَوْبًا لِلصَّبْغِ ثُمَّ دَفَعَ الْآخَرَ الثَّوْبَ مَصْبُوغًا إِلَى صَاحِبِهِ
بَرِئَ مِنَ الضَّمَانِ. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) إِشَارَةٌ إِلَى لُزُومِ الْعَمَلِ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَهُوَ
مَعْنَى الْكَفَالَةِ (ظَاهِرٌ فِي الْمَفَاوَضَةِ وَفِي غَيْرِهَا) وَهُوَ الْعِنَانُ (اسْتِحْسَانٌ) أَيُّ مَعْنَى
الْكَفَالَةِ بِطَرِيقِ الْإِسْتِحْسَانِ. وَالْقِيَاسُ خِلَافُ ذَلِكَ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ وَقَعَتْ مُطْلَقَةً عَنْ ذِكْرِ
الْكَفَالَةِ وَلَيْسَتْ الْكَفَالَةُ مِنْ مُقْتَضَاهَا حَتَّى تَثْبُتَ وَإِنْ لَمْ تُذْكَرْ، وَإِنَّمَا هِيَ مُقْتَضَى
الْمَفَاوَضَةِ فَلَا يَثْبُتُ مَعَهَا مَا لَيْسَ مِنْ مُقْتَضَاهَا بِدُونِ التَّصْرِيحِ بِذِكْرِهِ (وَجَهُ الْإِسْتِحْسَانِ
أَنَّ هَذِهِ الشَّرِكَةَ مُقْتَضِيَةً لِلضَّمَانِ، أَلَا تَرَى أَنَّ مَا يَتَقَبَّلُهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنَ الْعَمَلِ
مَضْمُونٌ عَلَى الْآخَرِ (وَلِهَذَا) أَيُّ وَلَكُونَ الْعَمَلُ مَضْمُونًا (يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ بِسَبَبِ نَفَازِ
تَقَبُّلِهِ) أَيُّ تَقَبَّلَ صَاحِبِهِ (عَلَيْهِ) وَلَوْ لَمْ يَكُنْ مَضْمُونًا عَلَيْهِ لَمَا أُسْتُحِقَّ الْأَجْرُ لِأَنَّ الْعُرْمَ
بِإِزَاءِ الْعُنْمِ، فَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ (جَرَى) هَذَا الْعَقْدُ (مَجْرَى الْمَفَاوَضَةِ فِي ضَمَانِ الْعَمَلِ
وَاقْتِضَاءِ الْبَدَلِ) وَفِي وَجْهِ الْإِسْتِحْسَانِ مُصَادَرَةٌ عَلَى الْمَطْلُوبِ فَتَأْمَلْ، وَإِنَّمَا قَيْدُ جَرَيَانِهِ
مَجْرَى الْمَفَاوَضَةِ فِي هَذَيْنِ الشَّيْئَيْنِ لِأَنَّ فِيمَا عَدَا ذَلِكَ لَمْ يَجْرِ هَذَا الْعَقْدُ مَجْرَاهَا حَتَّى
قَالُوا: إِذَا أَقْرَأَ أَحَدُهُمَا بَدْنَيْنِ مِنْ ثَمَنِ أُشْتَانِ أَوْ صَابُونِ أَوْ أَجْرٍ أَجِيرٍ أَوْ أُجْرَةٍ يَبْتَ لِمُدَّةٍ
مَضَتْ لَمْ يُصَدَّقْ عَلَى صَاحِبِهِ إِلَّا بَيِّنَةً، وَلِئَلَّامُهُ خَاصَّةٌ لِأَنَّ التَّنْصِصَ عَلَى الْمَفَاوَضَةِ لَمْ
يُوجَدْ، وَنَفَازُ الْإِفْرَارِ يُوجِبُ الْمَفَاوَضَةَ.

قَالَ (وَأَمَّا شَرِكَةُ الْوُجُوهِ فَالرُّجُلَانِ يَشْتَرِكَانِ وَلَا مَالٌ لَهُمَا عَلَى أَنْ يَشْتَرِيَا
بُوجُوهَهُمَا وَيَبِيعَا فَتَصِحَّ الشَّرِكَةُ عَلَى هَذَا) سُمِّيَتْ بِهِ لِأَنَّهُ لَا يَشْتَرِي بِالنَّسِيفَةِ إِلَّا مَنْ

كَانَ لَهُ وَجَاهَةٌ عِنْدَ النَّاسِ، وَإِنَّمَا تَصِحُّ مُفَاوَضَةٌ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ تَحْقِيقَ الْكَفَالَةِ وَالْوَكَالَةِ فِي الْأُبْدَالِ، وَإِذَا أُطْلِقَتْ تَكُونُ عِنَانًا لِأَنَّ مُطْلَقَهُ يَنْصَرِفُ إِلَيْهِ وَهِيَ جَائِزَةٌ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ، وَالْوَجْهُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ مَا قَدَّمَاهُ فِي شَرِكَةِ التَّقْبُلِ. قَالَ (وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَكِيلُ الْآخَرِ فِيمَا يَشْتَرِيهِ) لِأَنَّ التَّصَرُّفَ عَلَى الْغَيْرِ لَا يَجُوزُ إِلَّا بِوَكَالَةٍ أَوْ بِلَايَةٍ وَلَا وَلَايَةً فَتَنْتَعِنُ الْوَكَالَةُ (فَإِنْ شَرَطْنَا أَنْ الْمُشْتَرِيَ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ وَالرَّبْحُ كَذَلِكَ يَجُوزُ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتَفَاضَلَ فِيهِ، وَإِنْ شَرَطْنَا أَنْ يَكُونَ الْمُشْتَرِيَ بَيْنَهُمَا أَثْلَانِ فَالرَّبْحُ كَذَلِكَ)، وَهَذَا لِأَنَّ الرَّبْحَ لَا يُسْتَحَقُّ إِلَّا بِالْمَالِ أَوْ الْعَمَلِ أَوْ بِالضَّمَانِ فَحَرَبُ الْمَالِ يَسْتَحِقُّهُ بِالْمَالِ، وَالْمُضَارِبُ يَسْتَحِقُّهُ بِالْعَمَلِ، وَالْأَسْتَاذُ الَّذِي يُلْقِي الْعَمَلَ عَلَى التَّلْمِيزِ بِالنِّصْفِ بِالضَّمَانِ، وَلَا يُسْتَحَقُّ بِمَا سِوَاهَا؛ أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ قَالَ لِغَيْرِهِ تَصَرَّفْ فِي مَالِكٍ عَلَى أَنْ لِي رِبْحُهُ لَمْ يَحْزَ لِعَدَمِ هَذِهِ الْمَعَانِي. وَاسْتِحْقَاقُ الرَّبْحِ فِي شَرِكَةِ الْوُجُوهِ بِالضَّمَانِ عَلَى مَا بَيَّنَّا وَالضَّمَانُ عَلَى قَدْرِ الْمِلْكِ فِي الْمُشْتَرَى وَكَانَ الرَّبْحُ الزَّائِدُ عَلَيْهِ رِبْحٌ مَا لَمْ يُضْمَنْ فَلَا يَصِحُّ اشْتِرَاؤُهُ إِلَّا فِي الْمُضَارَبَةِ وَالْوُجُوهِ لَيْسَتْ فِي مَعْنَاهَا، بِخِلَافِ الْعِنَانِ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَاهَا مِنْ حَيْثُ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَعْمَلُ فِي مَالِ صَاحِبِهِ فَيُلْحَقُ بِهَا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

قَالَ (وَأَمَّا شَرِكَةُ الْوُجُوهِ فَالرَّجُلَانِ يَشْتَرِيَانِ شَرِكَةَ الْوُجُوهِ) وَهُوَ أَنْ يَشْتَرِكَ الرَّجُلَانِ وَلَا مَالَ لُهُمَا (عَلَى أَنْ يَشْتَرِيَا بِوُجُوهِهِمَا) أَيُّ بِوَجَاهَتِهِمَا وَأَمَاتِهِمَا عِنْدَ النَّاسِ صَحِيحَةٌ عِنْدَنَا (عَلَى هَذَا) أَيُّ عَلَى كَوْنِهِمَا يَشْتَرِيَانِ بِوُجُوهِهِمَا: أَيُّ سُمِّيَتْ شَرِكَةُ الْوُجُوهِ لِأَنَّهُ لَا يَشْتَرِي بِالنَّسِيبَةِ إِلَّا مَنْ لَهُ وَجَاهَةٌ عِنْدَ النَّاسِ، وَإِنَّمَا تَصِحُّ مُفَاوَضَةٌ إِذَا كَانَ الرَّجُلَانِ مِنْ أَهْلِ الْكَفَالَةِ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يُمَكِّنُ تَحْقِيقَ الْوَكَالَةِ وَالْكَفَالَةِ فِي الْأُبْدَالِ: أَيُّ الثَّمَنِ وَالْثَمَنِ، فَيَكُونُ ثَمَنُ الْمُشْتَرَى عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُهُ وَيَكُونُ الْمُشْتَرَى يَتَّهِمَا نِصْفَيْنِ، وَلَا بُدَّ مِنَ التَّلَفُّظِ بِلَفْظِ الْمُفَاوَضَةِ أَوْ بِمَا قَامَ مَقَامَهُ كَمَا تَقَدَّمَ. وَإِذَا أُطْلِقَتْ كَانَتْ عِنَانًا لِأَنَّ الْمَطْلُوقَ يَنْصَرِفُ إِلَيْهِ لِكَوْنِهِ الْمُعْتَادَ فِيمَا بَيْنَ النَّاسِ وَهِيَ أَيُّ شَرِكَةُ الْوُجُوهِ جَائِزَةٌ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَالْوَجْهُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ مَا بَيَّنَّاهُ فِي شَرِكَةِ التَّقْبُلِ وَهِيَ أَنَّ الرَّبْحَ عِنْدَهُ فَرْعُ الْمَالِ، فَإِذَا لَمْ يُوجَدْ الْمَالُ لَمْ تَنْعَقِدِ الشَّرِكَةُ. وَقُلْنَا إِنَّ الشَّرِكَةَ فِي الرَّبْحِ مُسْتِنْدَةٌ إِلَى الْعَقْدِ إِلَى آخِرِهِ (قَوْلُهُ وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتَفَاضَلَ فِيهِ) أَيُّ

فِي الرَّبْحِ، وَإِنْ شُرْطَ لِأَحَدِهِمَا الْفَضْلُ بَطَلَ الشَّرْطُ وَالرَّبْحُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدْرِ ضَمَانِهِمَا (قَوْلُهُ وَهَذَا) إِشَارَةٌ إِلَى تَحْتِمِ الْمَسَاوَاةِ فِي اشْتِرَاطِ الرَّبْحِ (قَوْلُهُ بِالنِّصْفِ) قَيْدُ اتِّفَاقِي فَإِنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يُلْقَى بِأَقْلٍ مِنَ النِّصْفِ وَلَا يَسْتَحِقُّ بِمَا سِوَاهَا.

فَإِنْ قِيلَ: لَمْ لَا يَجُوزُ أَنْ يَسْتَحِقَّ الزِّيَادَةُ لِرِيَادَةِ اهْتِدَائِهِ وَمَتَانَةِ رَأْيِهِ وَتَدْبِيرِهِ فِي الْأُمُورِ الْعَامَّةِ وَالْخَاصَّةِ وَعِلْمِهِ بِالتَّجَارَةِ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ اشْتِرَاطَ الزِّيَادَةِ فِي الرَّبْحِ بِزِيَادَةِ الْعَمَلِ إِنَّمَا يَجُوزُ إِذَا كَانَ فِي مَالٍ مَعْلُومٍ كَمَا فِي الْعِنَانِ وَالْمُضَارَبَةِ وَلَمْ يَوْجَدْ هُنَا (وَقَوْلُهُ أَلَا تَرَى) تَوْضِيحٌ لِقَوْلِهِ وَلَا يَسْتَحِقُّ بِمَا سِوَاهَا (قَوْلُهُ وَاسْتِحْقَاقُ الرَّبْحِ فِي شَرِكَةِ الْوُجُوهِ) عَوْدٌ إِلَى الْمُبْحَثِ لِإِثْمَامِ الْمَطْلُوبِ يَغْنِي أَنْ صُورَةَ النَّزَاعِ اسْتِحْقَاقُ الرَّبْحِ فِيهَا بِالضَّمَانِ لَا بِالْمَالِ وَلَا بِالْعَمَلِ (قَوْلُهُ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ) قِيلَ هُوَ إِشَارَةٌ إِلَى مَا ذَكَرَهُ فِي شَرِكَةِ التَّقْبَلِ بِقَوْلِهِ لَأَنَّ الضَّمَانَ بِقَدْرِ الْعَمَلِ، فَالزِّيَادَةُ عَلَيْهِ رِبْحٌ مَا لَمْ يُضْمَنْ.

وَقِيلَ هُوَ إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ بِخِلَافِ شَرِكَةِ الْوُجُوهِ لَأَنَّ جِنْسَ الْمَالِ مُتَّفَقٌ إِنْ خُ. وَتَفْرِيرُ كَلَامِهِ: اسْتِحْقَاقُ الرَّبْحِ فِي شَرِكَةِ الْوُجُوهِ بِالضَّمَانِ وَالضَّمَانُ عَلَى قَدْرِ الْمَالِ فِي الْمُشْتَرَى فَكَانَ الرَّبْحُ الزَّائِدُ عَلَيْهِ رِبْحٌ مَا لَمْ يُضْمَنْ فَلَا يَصِحُّ اشْتِرَاؤُهُ إِلَّا فِي الْمُضَارَبَةِ فَإِنَّهُ يَصِحُّ فِيهَا لَمَّا ذَكَرْنَا مِنْ وَجُوهِ مُقَابَلَتِهِ بِالْمَالِ وَالْعَمَلِ وَالْوُجُوهِ: أَيُّ شَرِكَةِ الْوُجُوهِ لَيْسَتْ فِي مَعْنَاهَا لَأَنَّ الْمَالِ فِيهَا مَضْمُونٌ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الشَّرِيكَيْنِ، وَأَمَّا الْمَالُ فِي الْمُضَارَبَةِ فَلَيْسَ بِمَضْمُونٍ عَلَى الْمُضَارِبِ وَلَا الْعَمَلُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ، بِخِلَافِ الْعِنَانِ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَاهَا مِنْ حَيْثُ إِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ يَعْمَلُ فِي مَالِ صَاحِبِهِ كَالْمُضَارِبِ يَعْمَلُ فِي مَالِ رَبِّ الْمَالِ فَيُلْحَقُ بِهَا. قِيلَ فِيهِ نَظَرٌ لَأَنَّ رِبْحَ مَا لَمْ يُضْمَنْ لَوْ جَازَ فِي الْعِنَانِ لَشُبْهَةُ الْمُضَارَبَةِ لَصَحَّتْ الشَّرِكَةُ بِالْعُرُوضِ فِي الْعِنَانِ لَأَنَّ الْعِنَانَ مُشَبَّهٌ بِالْمُضَارَبَةِ فَكَانَ عَلَهُ تَجْوِيزُ رِبْحِ مَا لَمْ يُضْمَنْ مَوْجُودَةً، لَكِنْ لَا يَجُوزُ ذَلِكَ لَمَّا تَقَدَّمَ أَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى رِبْحِ مَا لَمْ يُضْمَنْ.

وَالْجَوَابُ أَنَّ الْعِنَانَ بِالْعُرُوضِ لَوْ كَانَ مُؤَدِّيًا إِلَى رِبْحِ مَا لَمْ يُضْمَنْ فَقَطْ لَاغْتَفَرْنَاهُ، وَلَكِنْ انْضَمَّ إِلَى ذَلِكَ جِهَالُهُ رَأْسِ الْمَالِ وَالرَّبْحِ عِنْدَ الْقِسْمَةِ، وَلَيْسَ فِي الْمُضَارَبَةِ مَا يَفْتَضِي اعْتِقَادَهُ حَتَّى يُلْحَقَ بِهِ، وَهَذَا الْجَوَابُ يَنْزِعُ إِلَى تَخْصِيصِ الْعِلَةِ: فَإِمَّا أَنْ يَلْتَزِمَ مَسَاغُهُ. أَوْ يُصَارَ إِلَى مُخْلِصِهِ الْمَعْلُومِ فِي الْأَصُولِ.

فصل في الشركة الفاسدة

(ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد، وما اصطاده كل واحد منهما أو احتطبه فهو له دون صاحبه)، وعلى هذا الاشتراك في أخذ كل شيء مباح؛ لأن الشركة متضمنة معنى الوكالة، والتوكيل في أخذ المال المباح باطل لأن أمر الموكل به غير صحيح، والوكيل يملكه بدون أمره فلا يصلح نائباً عنه، وإنما يثبت الملك لهما بالأخذ وإحراز المباح، فإن أخذه معاً فهو بينهما نصفان لاستوائيهما في سبب الاستحقاق، وإن أخذه أحدهما ولم يعمل الآخر شيئاً فهو للعامل، وإن عمل أحدهما وأعانه الآخر في عمله بأن قلعه أحدهما وجمعه الآخر، أو قلعه وجمعه وحمله الآخر فللمعين أجر المثل بالغاً ما بلغ عند محمد. وعند أبي يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك، وقد عرف في موضعه.

الشرح:

(فصل في الشركة الفاسدة): وجه فصل الفاسد عن الصحيح وتأخيرُهُ عنه لا يخفى على أحد وكلامُهُ واضح. قوله لأن أمر الموكل به غير صحيح والوكيل يملكه دليلان على المطلوب. تقرير الأول المدعي أن التوكيل في أخذ المباح باطل لأنه يقتضي صحة أمر الموكل بما وكل به وهو أخذ المباح، وأمر الموكل بأخذه غير صحيح لأنه صاذف غير محل ولايته. وتقرير الثاني التوكيل بأخذ المباح باطل لأن الوكيل يملكه بدون أمر الموكل، ومن تملك شيئاً بدون أمر الموكل لا يصلح أن يكون نائباً عنه لأن التوكيل إثبات ولاية التصرف فيما هو ثابت للموكل وليس بثابت للوكيل، وهذا المعنى لا يتحقق فيمن يملك بدون أمره لئلا يلزم إثبات الثابت.

وتوقض الثاني بالتوكيل بشراء عبد غير معين، فإن الوكيل يملكه بدون أمر الموكل بالشراء لنفسه قبل التوكيل وبعده ومع ذلك صلح أن يكون نائباً عن الموكل. والجواب أن معناه يملكه بدون أمر الموكل بلا عقد، وصورة التقض ليست كذلك فإنه لا يملكه إلا بالشراء. وقوله (فللمعين أجر مثله بالغاً ما بلغ عند محمد. وعند أبي يوسف لا يتجاوز به نصف ثمن ذلك وقد عرف في موضعه) أي في كتاب الشركة من المبسوط. قيل تقدم ذكر محمد على أبي يوسف رحمهما الله في الكتاب، وكذا

تَقْدِمُ دَلِيلَ أَبِي يُوسُفَ عَلَى دَلِيلِ مُحَمَّدٍ فِي الْمَبْسُوطِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُمْ اخْتَارُوا قَوْلَ مُحَمَّدٍ.

وَجْهٌ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ رَضِيَ بِنِصْفِ الْمَجْمُوعِ وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ مَجْهُولًا فِي الْحَالِ لِأَنَّهُ يُعْلَمُ فِي الْمَالِ وَكَانَتْ جَهَالَتُهُ عَلَى شَرَفِ الزَّوَالِ فَإِنَّهُ بَعْرُضِيَّةٌ أَنْ يَصِيرَ مَعْلُومًا عِنْدَ الْجَمْعِ، فَإِذَا كَانَ رَاضِيًا فِي الْإِبْتِدَاءِ بِنِصْفِ الْمَجْمُوعِ وَقَدْ فَسَدَ الْعَقْدُ كَانَ رَاضِيًا بِنِصْفِ ثَمَنِ الْمَجْمُوعِ فِي الْإِنْتِهَاءِ فَلَا يُجَاوِزُ بِهِ نِصْفَهُ لِأَنَّهُ يُعْتَبَرُ رِضَاهُ فِي إِسْقَاطِ حَقِّهِ عَنِ مُطَالَبَةِ الزِّيَادَةِ.

وَوَجْهٌ قَوْلُ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ تَقْرِيرُهُ أَيَّ تَقْرِيرٍ أُجْرَ الْمِثْلِ بِنِصْفِ قِيَمَةِ الْمَجْمُوعِ لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ جَهَالَةً مُتَفَاحِشَةً جِنْسًا وَقَدْرًا حَيْثُ لَا يُدْرَى أَيُّ نَوْعٍ مِنَ الْحَطَبِ يُصَيِّبَانِ وَأَيُّ قَدْرٍ مِنْهُ يَجْمَعَانِ، وَلَا يُدْرِيَانِ أَيْضًا هَلْ يَجِدَانِ مَا عَقَدَا عَلَيْهِ عَقْدَ الشَّرِكَةِ أَوْ لَا يَجِدَانِهِ، فَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ لَا يُمَكِّنُ أَنْ يُقَالَ إِنَّ الْمَعِينَ رَضِيَ بِنِصْفِ الْمُسَمَّى مِنَ الْحَطَبِ أَوْ غَيْرِهِ لِأَنَّ الرِّضَا بِالْمَجْهُولِ لَا يَتَحَقَّقُ فَيَجِبُ الْأَجْرُ بِالْعَا مَا بَلَغَ، أَلَا يُرَى أَنَّهُ لَوْ أَعَانَهُ عَلَيْهِ فَلَمْ يُصَيِّبَا شَيْئًا كَانَ لَهُ الْأَجْرُ بِالْعَا مَا بَلَغَ فَهَاهُنَا أَوَّلُ لَأَنَّهُمَا أَصَابَا.

قَالَ: (وَإِذَا اشْتَرَكَا وَلأَحَدِهِمَا بَغْلٌ وَللآخَرِ رَاوِيَةٌ يَسْتَقِي عَلَيْهَا الْمَاءُ فَالْكَسْبُ بَيْنَهُمَا لَمْ تَصِحْ الشَّرِكَةُ، وَالْكَسْبُ كُلُّهُ لِلَّذِي اسْتَقَى، وَعَلَيْهِ أَجْرٌ مِثْلُ الرَّاوِيَةِ إِنْ كَانَ الْعَامِلُ صَاحِبَ الْبَغْلِ، وَإِنْ كَانَ صَاحِبَ الرَّاوِيَةِ فَعَلَيْهِ أَجْرٌ مِثْلُ الْبَغْلِ) أَمَّا فَسَادُ الشَّرِكَةِ فَلَانْعِقَادُهَا عَلَى إِحْرَازِ الْمُبَاحِ وَهُوَ الْمَاءُ، وَأَمَّا وَجُوبُ الْأَجْرِ فَلَأَنَّ الْمُبَاحَ إِذَا صَارَ مِلْكًا لِلْمُحَرِّزِ وَهُوَ الْمُسْتَقِي، وَقَدْ اسْتَوْفَى مَنَافِعَ مِلْكِهِ الْغَيْرِ وَهُوَ الْبَغْلُ أَوْ الرَّاوِيَةُ بِعَقْدِ فَاسِدٍ فَيَلْزَمُهُ أَجْرُهُ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا اشْتَرَكَا وَلأَحَدِهِمَا بَغْلٌ وَللآخَرِ رَاوِيَةٌ) الرَّاوِيَةُ فِي الْأَصْلِ بَعِيرُ السَّقَاءِ لِأَنَّهُ يَرُوي الْمَاءَ: أَيَّ يَحْمِلُهُ ثُمَّ كَثُرَ حَتَّى اسْتُعْمِلَ فِي الْمَزَادَةِ وَهِيَ الْمَرَادَةُ هُنَا. قَالَ أَبُو عُبَيْدَةَ: الْمَزَادَةُ لَا تَكُونُ إِلَّا مِنْ جِلْدَيْنِ يُقَامُ بِجِلْدٍ ثَالِثٍ بَيْنَهُمَا لِيَتَسَّعَ وَالْجَمْعُ مَزَادٌ وَمَزَايِدٌ.

(وَكُلُّ شَرِكَةٍ فَاسِدَةٍ فَالرَّيْبُ فِيهِمَا عَلَى قَدْرِ الْمَالِ، وَيَبْطُلُ شَرْطُ التَّفَاضُلِ) لِأَنَّ الرَّيْبَ فِيهِ تَابِعٌ لِلْمَالِ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِهِ، كَمَا أَنَّ الرَّيْبَ تَابِعٌ لِلْبَذْرِ فِي الزَّرْعَةِ، وَالزِّيَادَةُ إِنَّمَا تُسْتَحَقُّ بِالتَّسْمِيَةِ، وَقَدْ فَسَدَتْ فَبَقِيَ الْإِسْتِحْقَاقُ عَلَى قَدْرِ رَأْسِ الْمَالِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ الرَّيْبَ فِيهِ تَابِعٌ لِلْمَالِ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِهِ) فِيهِ نَظَرٌ، لِأَنَّ الرَّيْبَ عِنْدَنَا فَرْعٌ لِلْعَقْدِ كَمَا مَرَّ، وَكُلُّ فَرْعٍ تَابِعٌ، وَكَوْنُهُ تَابِعًا لِلْمَالِ إِنَّمَا هُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ كَمَا تَقَدَّمَ فَكَانَ الْكَلَامُ مُتَنَاقِضًا. وَالْجَوَابُ أَنَّهُ تَابِعٌ لِلْعَقْدِ إِذَا كَانَ الْعَقْدُ مَوْجُودًا، وَهَاهُنَا قَدْ فَسَدَ الْعَقْدُ فَيَكُونُ تَابِعًا لِلْمَالِ لِأَنَّهُ شَرْطٌ، فَإِنَّ الْعِلَّةَ إِذَا لَمْ تُصْلَحْ لِإِصْطِفَاءِ الْحُكْمِ إِلَيْهَا تُضَافُ إِلَى الشَّرْطِ. وَالرَّيْبُ عِبَارَةٌ عَنِ الزِّيَادَةِ، يُقَالُ: أَخْرَجْتَ الْأَرْضَ رَيْعًا: أَيُّ عِلَّةً لِأَنَّهَا زِيَادَةٌ.

(وَإِذَا مَاتَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ أَوْ ارْتَدَّ وَلَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ بَطَلَتِ الشَّرِكَةُ) لِأَنَّهَا تَتَضَمَّنُ الْوَكَالَاتِ، وَلَا بُدَّ مِنْهَا لِتَحَقُّقِ الشَّرِكَةِ عَلَى مَا مَرَّ، وَالْوَكَالَةُ تَبْطُلُ بِالمَوْتِ، وَكَذَا بِالِالْتِحَاقِ مُرْتَدًّا إِذَا قَضَى الْقَاضِي بِلِحَاقِهِ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْمَوْتِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ مَا إِذَا عَلِمَ الشَّرِيكُ بِمَوْتِ صَاحِبِهِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ؛ لِأَنَّهُ عَزَلَ حُكْمِيًّا، وَإِذَا بَطَلَتِ الْوَكَالَةُ بَطَلَتِ الشَّرِكَةُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا فَسَخَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ الشَّرِكَةَ وَمَالَ الشَّرِكَةَ دَرَاهِمُ وَدَنَانِيرُ حَيْثُ يَتَوَقَّفُ عَلَى عِلْمِ الْآخَرِ لِأَنَّهُ عَزَلَ قَصْدِيًّا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ) إِشَارَةٌ إِلَى مَا ذَكَرَهُ فِي بَابِ أَحْكَامِ الْمُتَرَدِّينَ فِي قَوْلِهِ وَإِنْ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ مُرْتَدًّا وَحُكِمَ بِلِحَاقِهِ إِلَى قَوْلِهِ وَلَنَا أَنَّهُ بِاللِّحَاقِ صَارَ مِنْ أَهْلِ الْحَرْبِ وَهُمْ أَمْوَاتٌ فِي حَقِّ أَحْكَامِ الْإِسْلَامِ إلخ. وَقَوْلُهُ (لِأَنَّهُ) أَيُّ الْمَوْتِ (عَزَلَ حُكْمِيًّا) لِكَوْنِ مَوْتِ الْمُوَكَّلِ يُوجِبُ عَزَلَ الْوَكِيلِ حُكْمًا لِتَحْوِيلِ مِلْكِهِ إِلَى وَرَثَتِهِ فَلَا يَتَوَقَّفُ حُكْمُهُ عَلَى ثَبُوتِ الْعِلْمِ بِهِ. أَلَا تَرَى أَنَّ الْوَكِيلَ يَتَعَزَّلُ بِمَوْتِ الْمُوَكَّلِ وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِمَوْتِهِ.

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا بَطَلَتِ الْوَكَالَةُ بَطَلَتِ الشَّرِكَةُ) مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ وَالْوَكَالَةُ تَبْطُلُ بِالمَوْتِ. وَاعْتَرِضَ بِأَنَّهُ قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ الْوَكَالَاتِ ثَبُتُ فِي ضِمْنِ الشَّرِكَةِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ كَانَتْ تَابِعَةً لَهَا، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ بُطْلَانِ التَّابِعِ بُطْلَانُ الْمُتَبَوِّعِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْوَكَالَاتِ تَابِعَةٌ

لِلشَّرِكَةِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهَا شَرْطُهَا لَا تَصِحُّ الشَّرِكَةُ بِدُونِ الْوَكَّالَةِ، أَشَارَ الْمُصَنِّفُ إِلَى ذَلِكَ
 أَنفَاءً بِقَوْلِهِ وَلَا بُدَّ مِنْهَا أَيْ الْوَكَّالَةِ لِتَحَقُّقِ الشَّرِكَةِ، وَإِذَا كَانَتْ شَرْطًا لَا يَتَحَقَّقُ بَقَاءُ
 الْمَشْرُوطِ بِدُونِهِ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ) أَيْ الْفَسْخُ (عَزْلُ قَصْدِي) فَيَتَوَقَّفُ عَلَى الْعِلْمِ.

فصل

وَلَيْسَ لِأَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ أَنْ يُؤَدِّيَ زَكَاةَ مَالِ الْآخَرِ إِلَّا بِإِذْنِهِ، لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ جِنْسِ
 التَّجَارَةِ، فَإِنْ أَذِنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ أَنْ يُؤَدِّيَ زَكَاةَهُ، فَإِنْ أَذَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا
 فَالْثَّانِي ضَامِنٌ عِلْمَ بِأَدَاءِ الْأَوَّلِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: لَا يَضْمَنُ إِذَا لَمْ
 يَعْلَمْ وَهَذَا إِذَا أَذَى عَلَى التَّعَاقُبِ، أَمَّا إِذَا أَذَى مَعًا ضَمِنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَصِيبَ صَاحِبِهِ.
 وَعَلَى هَذَا الْاِخْتِلَافِ الْمَأْمُورُ بِأَدَاءِ الزَّكَاةِ إِذَا تَصَدَّقَ عَلَى الْفَقِيرِ بَعْدَمَا أَذَى الْأَمْرُ بِنَفْسِهِ.
 لَهُمَا أَنَّهُ مَأْمُورٌ بِالتَّمْلِيكِ مِنَ الْفَقِيرِ، وَقَدْ آتَى بِهِ فَلَا يَضْمَنُ لِلْمُوكَّلِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ فِي
 وَسْعِهِ التَّمْلِيكِ لَا وَقُوعُهُ زَكَاةَ لَتَعْلَقِهِ بِنَيْتِ الْمُوكَّلِ، وَإِنَّمَا يَطْلُبُ مِنْهُ مَا فِي وَسْعِهِ وَصَارَ
 كَالْمَأْمُورِ بِذَبْحِ دَمِ الْإِحْصَارِ إِذَا ذَبَحَ بَعْدَمَا زَالَ الْإِحْصَارُ وَحَجَّ الْأَمْرُ لَمْ يَضْمَنِ الْمَأْمُورُ
 عِلْمَ أَوْ لَا. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ مَأْمُورٌ بِأَدَاءِ الزَّكَاةِ وَالْمُؤَدَّى لَمْ يَقَعِ زَكَاةَ فَصَارَ مُخَالَفًا،
 وَهَذَا لِأَنَّهُ الْمَقْصُودُ مِنَ الْأَمْرِ إِخْرَاجُ نَفْسِهِ عَنْ عَهْدَةِ الْوَاجِبِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ لَا يَلْتَزِمُ
 الضَّرَرَ إِلَّا لِدَفْعِ الضَّرَرِ، وَهَذَا الْمَقْصُودُ حَصَلَ بِإِدَائِهِ وَعَرَى آدَاءَ الْمَأْمُورِ عَنْهُ فَصَارَ مَعْرُوضًا
 عِلْمَ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ؛ لِأَنَّهُ عَزَلَ حُكْمِيًّا. وَأَمَّا دَمُ الْإِحْصَارِ فَقَدْ قِيلَ هُوَ عَلَى هَذَا الْاِخْتِلَافِ،
 وَقِيلَ بَيْنَهُمَا فَرْقٌ. وَوَجْهُهُ أَنَّ الدَّمَ لَيْسَ بِوَاجِبٍ عَلَيْهِ فَإِنَّهُ يُمْكِنُهُ أَنْ يَصْبِرَ حَتَّى يَزُولَ
 الْإِحْصَارُ. وَفِي مَسْأَلَتِنَا الْأَدَاءُ وَاجِبٌ فَاعْتَبِرَ الْإِسْقَاطُ مَقْصُودًا فِيهِ دُونَ دَمِ الْإِحْصَارِ.

الشرح:

(فصل): وَلَمَّا كَانَتْ أَحْكَامُ هَذَا الْفَصْلِ أُبْعَدَ عَنْ مَسَائِلِ الشَّرِكَةِ مِنْ قِبَلِ أَهْلِهَا
 لَيْسَتْ مِنْ مَسَائِلِ التَّجَارَةِ أُخَرِّهَا فِي فَصْلِ عَلَى حِدَةٍ، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ لَا يَحْتَاجُ إِلَى
 شَرْحٍ سِوَى مَا نَذَكَّرُهُ. وَقَوْلُهُ (أَمَّا إِذَا أَذَى مَعًا ضَمِنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَصِيبَ صَاحِبِهِ)
 يَعْنِي عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلَافًا لَهَا وَقَوْلُهُ (لَأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ لَا يَلْتَزِمُ الضَّرَرَ) يَعْنِي آدَاءَ بَعْضِ
 مَالِهِ عَلَى يَدِ الْوَكِيلِ إِلَّا لِدَفْعِ الضَّرَرِ: أَيْ بَقَاءِ الْوَاجِبِ فِي ذِمَّتِهِ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ عَزَلَ
 حُكْمِيًّا) أُعْطِرَ عَلَيْهِ بِأَنَّهُ يُشْكَلُ بِالْوَكِيلِ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ، فَإِنْ هُنَاكَ إِذَا قَضَى الْمُوكَّلُ

بِنَفْسِهِ ثُمَّ قَضَى الْوَكِيلُ، فَإِنْ عَلِمَ بِأَدَاءِ الْمُوَكَّلِ فَهُوَ ضَامِنٌ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ لَمْ يَضْمَنْ شَيْئًا، فَقَدْ فَرَّقَ هُنَاكَ بَيْنَ الْعِلْمِ وَعَدَمِهِ مَعَ أَنَّهُ حَصَلَ الْعَزْلُ الْحُكْمِيُّ هُنَاكَ أَيْضًا بِأَدَاءِ الْمُوَكَّلِ. وَأُجِيبَ أَنَّ الْوَكِيلَ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ مَأْمُورٌ بِأَنْ يُجْعَلَ الْمُؤَدِّي مَضْمُونًا عَلَى الْقَابِضِ عَلَى مَا هُوَ الْأَصْلُ، لِأَنَّ الدَّيُونَ تُقْضَى بِأَمْثَالِهَا، وَذَلِكَ يُتَصَوَّرُ بَعْدَ أَدَاءِ الْمُوَكَّلِ فَلَمْ يَكُنْ أَذَاؤُهُ مُوجِبًا عَزْلَ الْوَكِيلِ حُكْمًا فَوَضَحَ الْفَرْقُ أَنَّ هُنَاكَ لَوْ لَمْ يُوجِبِ الضَّمَانُ عَلَى الْوَكِيلِ بِجَهْلِهِ بِأَدَاءِ الْمُوَكَّلِ لِلْحَقِّ الْمُوَكَّلِ فِيهِ ضَرَرٌ لِأَنَّهُ يَتِمَكَّنُ مِنْ اسْتِرْدَادِ الْمَقْبُوضِ مِنَ الْقَابِضِ وَتَضْمِينِهِ إِنْ كَانَ هَالِكًا، وَهَاهُنَا لَوْ لَمْ يُوجِبِ الضَّمَانُ أَدَّى إِلَى لِحَاقِ الضَّرَرِ بِالْمُوَكَّلِ لِأَنَّهُ لَا يَتِمَكَّنُ مِنْ اسْتِرْدَادِ الصَّدَقَةِ مِنَ الْفَقِيرِ وَلَا تَضْمِينِهِ، وَالضَّرَرُ مَدْفُوعٌ فَلِهَذَا وَجَبَ الضَّمَانُ بِكُلِّ حَالٍ.

وَاعْتَرِضَ عَلَيْهِ أَيْضًا بِأَنَّ زَكَاةَ كُلِّ وَاحِدٍ تَسْقُطُ عَنْهُ بَعْدَ أَدَائِهِ فَيَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ عَزْلُ وَكِيلِهِ، وَحَالَ مَا يُؤَدِّي عَنْهُ الْوَكِيلُ لَمْ يَحْكَمْ بِسُقُوطِ الزَّكَاةِ عَنْ مُوَكَّلِهِ فَلَمْ يُوجِبْ عَزْلَ الْوَكِيلِ عَنِ الْأَدَاءِ. وَأُجِيبَ عَنْهُ بِأَنَّهُ أَمَرُهُ بِأَدَاءِ الزَّكَاةِ عَنْهُ فِي حَالِ اسْتِقْرَارِ الزَّكَاةِ عَلَى الْأَمْرِ، وَعِنْدَمَا يُؤَدِّي الْمُوَكَّلُ عَنْ نَفْسِهِ الزَّكَاةَ الْحَالَةَ حَالَةَ زَوَالِ الزَّكَاةِ وَسُقُوطِهَا عَنْهُ فَلَا تُوصَفُ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ أَنَّهَا حَالَةُ اسْتِقْرَارِ الزَّكَاةِ فَكَانَ أَذَاؤُهَا عَلَى غَيْرِ الْوَجْهِ الْمَأْذُونِ فَكَانَ مُخَالَفًا لِمَا أَمَرَهُ فَلِذَلِكَ ضَمِنَ.

وَقَوْلُهُ وَأَمَّا دَمُ الْإِحْصَارِ جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ فَصَارَ كَالْمَأْمُورِ بِذَبْحِ دَمِ الْإِحْصَارِ، وَتَقْدِيرُهُ أَنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّ الْمَأْمُورَ بِذَبْحِ دَمِ الْإِحْصَارِ لَا يَضْمَنُ إِذَا ذَبَحَ بَعْدَ زَوَالِ الْإِحْصَارِ، وَلَكِنْ سَلَّمْنَا أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ بِالِاتِّفَاقِ لَكِنَّ الْفَرْقَ بَيْنَهُمَا أَنَّ دَمَ الْإِحْصَارِ لَيْسَ بِوَاجِبٍ الْبَتَّةَ لِأَنَّهُ لَوْ صَبَرَ إِلَى أَنْ يَزُولَ الْإِحْصَارُ لَمْ يُطَالَبْ بِدَمِ الْإِحْصَارِ فَلَمْ يَكُنْ أَمْرًا مَقْصُودًا فَلَمْ يُمْكِنْ أَنْ يُقَالَ إِنَّ الْمَقْصُودَ حَصَلَ بِفِعْلِ الْمُحْصَرِّ قَبْلَ فِعْلِ الْمَأْمُورِ فَعَرِي فِعْلُ الْمَأْمُورِ عَنِ الْمَقْصُودِ، بِخِلَافِ أَدَاءِ الزَّكَاةِ فَإِنَّهُ وَاجِبٌ وَكَانَ إِسْقَاطُ الْوَاجِبِ أَمْرًا مَقْصُودًا، وَقَدْ حَصَلَ هَذَا الْمَقْصُودُ بِأَدَاءِ الْأَمْرِ نَفْسِهِ فَعَرِي فِعْلُ الْمَأْمُورِ عَنِ الْمَقْصُودِ فَيَضْمَنُ.

قَالَ (وَإِذَا أَدِنَ أَحَدُ الْمُتَقَاوِضِينَ لِمُصَاحِبِهِ أَنْ يَشْتَرِيَ جَارِيَةً فَيَطَّاهَا فَفَعَلَ فِيهِ لَهُ بِغَيْرِ شَيْءٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِنِصْفِ الثَّمَنِ) لِأَنَّهُ أَدَّى دَيْنًا عَلَيْهِ خَاصَّةً

مِنْ مَالٍ مُشْتَرَكٍ فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ صَاحِبُهُ بِنَصِيبِهِ كَمَا فِي شِرَاءِ الطَّعَامِ وَالْكِسْوَةِ (وَهَذَا) لِأَنَّ الْمَلِكَ وَقَعَ لَهُ خَاصَّةٌ وَالثَّمَنُ بِمُقَابَلَةِ الْمَلِكِ. وَلَهُ أَنَّ الْجَارِيَةَ دَخَلَتْ فِي الشَّرِكَةِ عَلَى الْبَتَاتِ جَرِيًّا عَلَى مُقْتَضَى الشَّرِكَةِ إِذْ هُمَا لَا يَمْلِكَانِ تَغْيِيرَهُ فَأَشْبَهَ حَالِ عَدَمِ الْإِذْنِ، غَيْرَ أَنَّ الْإِذْنَ يَتَضَمَّنُ هِبَةً نَصِيبِهِ مِنْهُ؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ لَا يَحِلُّ إِلَّا بِالْمَلِكِ، وَلَا وَجْهَ إِلَى اثْبَاتِهِ بِالْبَيْعِ لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّهُ مُخَالَفٌ مُقْتَضَى الشَّرِكَةِ فَأَثْبَتْنَاهُ بِالْهِبَةِ الثَّابِتَةِ فِي ضِمَنِ الْإِذْنِ، بِخِلَافِ الطَّعَامِ وَالْكِسْوَةِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مُسْتَثْنَى عَنْهَا لِلضَّرُورَةِ فَيَقَعُ الْمَلِكُ لَهُ خَاصَّةٌ بِنَفْسِ الْعَقْدِ فَكَانَ مُؤَدِّيًّا دَيْنًا عَلَيْهِ مِنْ مَالِ الشَّرِكَةِ. وَفِي مَسْأَلَتِنَا قَضَى دَيْنًا عَلَيْهِمَا لَمَّا بَيَّنَّا (وَاللَّبَائِعُ أَنْ يَأْخُذَ بِالثَّمَنِ أَيُّهُمَا شَاءَ) بِالِاتِّفَاقِ لِأَنَّهُ دَيْنٌ وَجِبَ بِسَبَبِ التَّجَارَةِ، وَالْمُفَاوَضَةُ تَضَمَّنَتْ الْكِفَالَتَ فَصَارَ كَالطَّعَامِ وَالْكِسْوَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا أَدْنِ أَحَدُ الْمُتَفَاوِضِينَ) صُورَةُ الْمَسْأَلَةِ ظَاهِرَةٌ، وَتَفْرِيرُ دَلِيلِهِمَا أَنَّهُ أَدَّى دَيْنًا عَلَيْهِ خَاصَّةً مِنْ مَالٍ مُشْتَرَكٍ، وَكُلُّ مَنْ فَعَلَ كَذَلِكَ يَرْجِعُ عَلَيْهِ صَاحِبُهُ بِنَصِيبِهِ كَمَا فِي شِرَاءِ الطَّعَامِ وَالْكِسْوَةِ. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) بَيَانُ لِقَوْلِهِ أَنَّهُ أَدَّى دَيْنًا عَلَيْهِ خَاصَّةً لِأَنَّ الْمَلِكَ وَقَعَ لَهُ خَاصَّةٌ بِذَلِيلِ حِلِّ وَطْئِهَا، وَالثَّمَنُ بِمُقَابَلَةِ الْمَلِكِ فَكَانَ الدَّيْنُ عَلَيْهِ خَاصَّةً. وَلَا يُبَيِّنُ حَبِيفَةً ﷺ أَنَّ الْجَارِيَةَ دَخَلَتْ فِي الشَّرِكَةِ عَلَى الْبَتَاتِ وَأَدَّى الْمُشْتَرِي ثَمَنَهَا مِنْ مَالِ الشَّرِكَةِ، وَكُلُّ مَا دَخَلَ فِي الشَّرِكَةِ وَأَدَّى الْمُشْتَرِي ثَمَنَهَا مِنْ مَالِ الشَّرِكَةِ فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ صَاحِبُهُ بِشَيْءٍ، كَمَا لَوْ اشْتَرَاهَا قَبْلَ الْإِذْنِ وَأَدَّى ثَمَنَهَا مِنْ مَالِ الشَّرِكَةِ فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ، وَبَيَّنَّ دُخُولَهَا فِي الشَّرِكَةِ بِقَوْلِهِ (جَرِيًّا عَلَى مُقْتَضَى الشَّرِكَةِ) أَيِ شَرِكَةِ الْمُفَاوَضَةِ فَإِنَّ ذَلِكَ يَقْتَضِي دُخُولَ مَا لَيْسَ بِمُسْتَثْنَى كَالطَّعَامِ وَالْكِسْوَةِ تَحْتَهَا، وَشِرَاءَ الْجَارِيَةِ لَيْسَ بِمُسْتَثْنَى فَيَدْخُلُ تَحْتَهَا لِأَنَّهُمَا لَا يَمْلِكَانِ تَغْيِيرَ مُقْتَضَى الشَّرِكَةِ مَعَ بَقَائِهَا، أَلَا تَرَى أَنَّهُمَا لَوْ شَرَطَا التَّفَاوُتَ بَيْنَهُمَا فِي مَلِكٍ الْمُشْتَرَى لَمْ يُعْتَبَرْ مَعَ بَقَاءِ عَقْدِ الشَّرِكَةِ.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَتْ وَقَعَتْ عَلَى الشَّرِكَةِ كَيْفَ كَانَ يَحِلُّ وَطْئُهَا؟ أُجِيبَ بِأَنَّهُ كَانَ يَحِلُّ وَطْئُهَا كَمَا يَحِلُّ إِذَا وَهَبَهُ نَصِيبُهُ بَعْدَ الشَّرَاءِ بغيرِ إِذْنٍ، وَقَوْلُهُ (غَيْرَ أَنَّ الْإِذْنَ يَتَضَمَّنُ هِبَةً نَصِيبِهِ) اسْتِنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ فَأَشْبَهَ حَالِ عَدَمِ الْإِذْنِ فَإِنَّهُ كَانَ مِمَّا يُوهِمُ أَنْ يُقَالَ كَيْفَ يُشْبَهُ حَالِ عَدَمِ الْإِذْنِ وَهُنَاكَ لَمْ يَحِلَّ وَطْئُهَا وَبَعْدَ الْإِذْنِ يَحِلُّ، فَأَزَالَ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ

غَيْرَ أَنَّ الْإِذْنَ يَتَضَمَّنُ هِبَةً نَصِيبَهُ مِنْهُ، لِأَنَّ الْوَطْءَ لَا يَحِلُّ إِلَّا بِالْمَلِكِ، وَلَا وَجْهَ إِلَى إِثْبَاتِهِ بِالْبَيْعِ: يَعْنِي لَا يُمَكِّنُ أَنْ يُقَالَ حَلَّ الْوَطْءِ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ اشْتَرَى جَمِيعَهَا لِنَفْسِهِ لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّهُ يُخَالَفُ مُقْتَضَى الشَّرِكَةِ يُرِيدُ بِهِ مَا ذَكَرَهُ آتِفًا مِنْ قَوْلِهِ جَرِيًّا عَلَى مُقْتَضَى الشَّرِكَةِ فَأَثْبَتْنَاهُ بِالْهِبَةِ الثَّابِتَةِ فِي ضِمْنِ الْإِذْنِ، فَكَأَنَّهُ قَالَ اشْتَرِ جَارِيَةً بَيْنَنَا وَقَدْ وَهَبْتُ نَصِيبِي مِنْهَا لَكَ فَجَازَتْ الْهِبَةُ فِي الشَّائِعِ لِأَنَّ الْجَارِيَةَ مِمَّا لَا تُقَسَّمُ، بِخِلَافِ الطَّعَامِ وَالْكِسْوَةِ حَيْثُ يَقَعُ لِلْمُشْتَرِي خَاصَّةً لِأَنَّ ذَلِكَ مُسْتَثْنَى عَنْهَا لِلضَّرُورَةِ فَيَقَعُ الْمَلِكُ لَهُ خَاصَّةً بِنَفْسِ الْعَقْدِ فَكَانَ مُؤَدِّيًا دَيْنًا عَلَيْهِ مِنْ مَالِ الشَّرِكَةِ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا قَضَى دَيْنًا عَلَيْهِمَا لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّهُمَا دَخَلَتْ فِي الشَّرِكَةِ. وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ مَنْ قَالَ أَعْتَقَ عَبْدَكَ عَنِّي وَلَمْ يَذْكُرْ الْمَالَ فَفَعَلَ لَا يَصِيرُ هِبَةً عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَالْعَتَقُ يَقَعُ عَنِ الْمَأْمُورِ لَا تَفَاءَ الْقَبْضِ الَّذِي هُوَ شَرْطُ الْهِبَةِ فَكَيْفَ صَارَ هِبَةً فِيمَا نَحْنُ فِيهِ.

وَالثَّانِي: أَنَّ الْمَلِكَ يَثْبُتُ فِي نَصِيبِ الشَّرِكَةِ بِالْهِبَةِ حُكْمًا لِلْإِذْنِ بِالْوَطْءِ، وَالْمَلِكُ لَا يَثْبُتُ فِي الْجَارِيَةِ بِالْهِبَةِ حُكْمًا لِلْإِحْلَالِ، فَإِنَّ مَنْ قَالَ لَعَبْرِهِ أَخْلَلْتُ لَكَ وَطْءَ هَذِهِ الْجَارِيَةِ لَا تَصِيرُ مِلْكًا لِلْمُخَاطَبِ حُكْمًا لِلْهِبَةِ بِالْإِحْلَالِ. وَالْجَوَابُ عَنِ الْأَوَّلِ أَنَّ ذَلِكَ إِنَّمَا لَا يَصِيرُ هِبَةً لَا تَفَاءَ الْقَبْضِ الَّذِي هُوَ شَرْطُهَا، وَمَا نَحْنُ فِيهِ لَيْسَ كَذَلِكَ لِأَنَّهُ يَقْبِضُ بَعْدَ الشِّرَاءِ عَلَى الشَّرِكَةِ وَهُوَ وَكِيلٌ ثُمَّ يَقْبِضُهُ لِنَفْسِهِ. وَعَنِ الثَّانِي أَنَّ الْمُصَنِّفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَشَارَ إِلَى ذَلِكَ بِقَوْلِهِ فِي ضِمْنِ الْإِذْنِ، وَجَازَ أَنْ يَثْبُتَ الشَّيْءُ ضِمْنًا وَلَا يَثْبُتُ قَصْدًا. قَوْلُهُ (وَاللَّبَائِعُ أَنْ يَأْخُذَ بِالْثَّمَنِ أَيُّهُمَا شَاءَ) ظَاهِرٌ، وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ وَإِلَيْهِ الْمَرْجِعُ وَالْمَأْبُ.

كِتَابُ الْوَقْفِ

قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَا يَزُولُ مِلْكُ الْوَاقِفِ عَنِ الْوَقْفِ إِلَّا أَنْ يَحْكُمَ بِهِ الْحَاكِمُ أَوْ يُعْلَقَهُ بِمَوْتِهِ فَيَقُولُ إِذَا مِتُّ فَقَدْ وَقَفْتُ دَارِي عَلَى كَذَا. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ (يَزُولُ مِلْكُهُ بِمَجْرَدِ الْقَوْلِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَزُولُ حَتَّى يَجْعَلَ لِلْوَقْفِ وَلِيًّا وَيُسَلِّمَهُ إِلَيْهِ) قَالَ ﷺ: الْوَقْفُ لُفْتٌ هُوَ الْحَبْسُ تَقُولُ وَقَفْتُ الدَّابَّةَ وَأَوْقَفْتُهَا بِمَعْنَى. وَهُوَ فِي الشَّرْعِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: حَبْسُ الْعَيْنِ عَلَى مِلْكِ الْوَاقِفِ وَالتَّصَدُّقُ بِالْمَنْفَعَةِ بِمَنْزِلَةِ الْعَارِيَةِ. ثُمَّ هِيلَ الْمَنْفَعَةُ مَعْدُومَةً فَالتَّصَدُّقُ بِالْمَعْدُومِ لَا يَصِحُّ، فَلَا يَجُوزُ الْوَقْفُ أَصْلًا عِنْدَهُ، وَهُوَ الْمَفْظُوظُ فِي الْأَصْلِ. وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ جَائِزٌ عِنْدَهُ إِلَّا أَنَّهُ غَيْرُ لَازِمٍ بِمَنْزِلَةِ الْعَارِيَةِ، وَعِنْدَهُمَا حَبْسُ الْعَيْنِ عَلَى حُكْمِ مُلْكِ اللَّهِ تَعَالَى فَيَزُولُ مِلْكُ الْوَاقِفِ عَنْهُ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى عَلَى وَجْهِ تَعَوُّدِ مَنْفَعَتِهِ إِلَى الْعِبَادِ فَيَلْزَمُ وَلَا يُبَاعُ وَلَا يُوْهَبُ وَلَا يُوْرَثُ. وَاللَّفْظُ يَنْتَظِمُهُمَا وَالتَّرْجِيحُ بِالْذَّلِيلِ. لَهُمَا « قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ لِعُمَرَ ﷺ حِينَ أَرَادَ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِأَرْضٍ لَهُ تُدْعَى ثَمَغًا: تَصَدَّقْ بِأَصْلِهَا لَا يُبَاعُ وَلَا يُوْرَثُ وَلَا يُوْهَبُ » ^(١) وَلَنْ الْحَاجَةَ مَاسَّةً إِلَى أَنْ يَلْزَمَ الْوَقْفُ مِنْهُ لِيَصِلَ ثَوَابُهُ إِلَيْهِ عَلَى الدَّوَامِ، وَقَدْ أَمَكْنَ دَفْعُ حَاجَتِهِ بِإِسْقَاطِ الْمَلِكِ وَجَعْلِهِ لِلَّهِ تَعَالَى. إِذْ لَهُ نَظِيرٌ فِي الشَّرْعِ وَهُوَ الْمَسْجِدُ فَيُجْعَلُ كَذَلِكَ.

وَلَأَبِي حَنِيفَةَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « لَا حَبْسَ عَنْ فَرَائِضِ اللَّهِ تَعَالَى » ^(٢) وَعَنْ شَرِيحٍ: جَاءَ مُحَمَّدٌ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بِبَيْعِ الْحَبِيسِ لِأَنَّ الْمَلِكَ بَاقٍ فِيهِ بِذَلِيلِ أَنَّهُ يَجُوزُ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ زِرَاعَةً وَسُكْنَى وَغَيْرَ ذَلِكَ وَالْمَلِكُ فِيهِ لِلوَاقِفِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ لَهُ وَلايَةً التَّصَرُّفِ فِيهِ بِصَرْفِ غَلَاتِهِ إِلَى مَصَارِفِهَا وَنَصَبِ الْقَوَامِ فِيهَا إِلَّا أَنَّهُ يَتَصَدَّقُ بِمَنْفَعِهِ فَصَارَ شَبِيهَ الْعَارِيَةِ، وَلَئِنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى التَّصَدُّقِ بِالْغَلَّةِ دَائِمًا وَلَا تَصَدَّقَ عَنْهُ إِلَّا بِالْبَقَاءِ عَلَى مِلْكِهِ، وَلَئِنَّهُ لَا يُمَكِّنُ أَنْ يَزَالَ مِلْكُهُ، لَا إِلَى مَالِكٍ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَشْرُوعٍ مَعَ بَقَائِهِ كَالسَّائِبَةِ. بِخِلَافِ الْإِعْتَاقِ لِأَنَّهُ إِتْلَافٌ، وَبِخِلَافِ الْمَسْجِدِ لِأَنَّهُ جُعِلَ خَالِصًا لِلَّهِ تَعَالَى وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ، وَهَذَا لَمْ يَنْقَطِعْ حَقُّ الْعَبْدِ عَنْهُ فَلَمْ يَصِرْ خَالِصًا لِلَّهِ تَعَالَى.

قَالَ ﷺ: قَالَ فِي الْكِتَابِ: لَا يَزُولُ مِلْكُ الْوَاقِفِ إِلَّا أَنْ يَحْكُمَ بِهِ الْحَاكِمُ أَوْ يُعْلَقَهُ

(١) أخرجه البخاري في الوصايا باب ٢٢، ٢٨، ومسلم في الوصية (١٥، ١٦).

(٢) أخرجه الدارقطني في السنن (٦٨/٤)، وانظر نصب الراية (٧٣٣/٣).

بِمَوْتِهِ، وَهَذَا فِي حُكْمِ الْحَاكِمِ صَحِيحٌ؛ لِأَنَّهُ قَضَاءٌ فِي مُجْتَهِدٍ فِيهِ، أَمَّا فِي تَعْلِيلِهِ بِالمَوْتِ فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَزُولُ مِلْكُهُ إِلَّا أَنَّهُ تَصَدَّقَ بِمَنَافِعِهِ مُؤَبَّدًا فَيَصِيرُ بِمَنْزِلَةِ الوَصِيَّةِ بِالمَنَافِعِ مُؤَبَّدًا فَيَلْزَمُ، وَالمُرَادُ بِالْحَاكِمِ المَوْلَى، فَأَمَّا المَحْكَمُ فَفِيهِ اخْتِلَافُ المَشَايخِ.

الشرح:

(كِتَابُ الوَقْفِ): مُنَاسَبَةٌ ذِكْرُ الوَقْفِ بَعْدَ الشَّرِكَةِ هِيَ أَنَّ المَقْصُودَ بِكُلِّ مِنْهُمَا الِانْتِفَاعُ بِمَا يَزِيدُ عَلَى أَصْلِ المَالِ، وَهُوَ مَصْدَرٌ وَقَفْتُ الدَّابَّةَ وَقُوفًا وَوَقَفْتُهَا أَنَا يَتَعَدَّى وَلَا يَتَعَدَّى، وَوَقَفْتُ الدَّارَ عَلَى المَسَاكِينِ وَقَفًا وَأَوْقَفْتُهَا لُغَةً رَدِيئَةٌ، وَعَرَفَهُ شَمْسُ الأَئِمَّةِ السَّرْحَسِيِّ رَحِمَهُ اللهُ بِأَنَّهُ حَبَسُ المَمْلُوكِ التَّمْلِيكَ عَنِ الغَيْرِ. وَسَبَبُهُ طَلَبُ الرُّلْفَى. وَشَرْطُهُ كَوْنُ الوَاقِفِ حُرًّا بِالْعَاقِلِ وَكَوْنُ المَحَلِّ غَيْرِ مَنْقُولٍ. وَرُكْنُهُ أَرْضِي هَذِهِ صَدَقَةٌ مَوْقُوفَةٌ مُؤَبَّدَةٌ عَلَى المَسَاكِينِ. وَحُكْمُهُ خُرُوجُ الوَقْفِ: أَيُّ المَوْقُوفِ عَنْ مَلِكِ الوَاقِفِ وَعَدَمُ دُخُولِهِ فِي مَلِكِ المَوْقُوفِ عَلَيْهِ، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ، وَمَا عَرَفَهُ بِهِ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ يَقْتَضِي أَنَّ لَا يَصِحُّ الوَقْفُ لِأَنَّهُ قَالَ: وَالتَّصَدُّقُ بِالمَنْفَعَةِ وَالتَّصَدُّقُ بِالمَعْدُومِ لَا يَصِحُّ. وَقَوْلُهُ (وَهُوَ) رَاجِعٌ إِلَى قَوْلِهِ (فَلَا يَجُوزُ الوَقْفُ أَصْلًا عِنْدَهُ وَهُوَ المَلْفُوظُ فِي الأَصْلِ) يَعْنِي المَبْسُوطَ، وَلَكِنَّهُ نَقَلَهُ بِالمَعْنَى لَا بِعَيْنِ لَفْظِهِ، فَإِنَّ لَفْظَ المَبْسُوطِ: فَأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ فَكَانَ لَا يُجِيزُ ذَلِكَ، ثُمَّ قَالَ: فَمُرَادُهُ أَنَّهُ لَا يَجْعَلُهُ لَازِمًا، فَأَمَّا أَصْلُ الجَوَازِ فَثَابِتٌ عِنْدَهُ كَالْعَارِيَّةِ تُصَرَّفُ المَنْفَعَةُ إِلَى جِهَةِ الوَقْفِ وَتَبْقَى العَيْنُ عَلَى مَلِكِ الوَاقِفِ فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ، وَيَجُوزُ بَيْعُهُ وَيُورَثُ عَنْهُ، وَلَا يَلْزَمُ إِلَّا بِطَرِيقَيْنِ: قَضَاءُ القَاضِي بِلزُومِهِ لِكَوْنِهِ مُجْتَهِدًا فِيهِ، وَإِخْرَاجُهُ مَخْرَجَ الوَصِيَّةِ بِأَنَّهُ يَقُولُ: أَوْصَيْتُ بَعْلَةَ دَارِي، فَحِينَئِذٍ يَلْزَمُ. وَعِنْدَهُمَا هُوَ حَبَسُ العَيْنِ عَلَى حُكْمِ مَلِكِ اللهِ تَعَالَى، فَيَزُولُ مَلِكُ الوَاقِفِ عَنْهُ إِلَى اللهِ تَعَالَى عَلَى وَجْهِ تَعَوُّدِ المَنْفَعَةِ إِلَى العِبَادِ فَيَلْزَمُ وَلَا يُبَاعُ وَلَا يُورَثُ (قَوْلُهُ وَالمَلْفُوظُ) أَيُّ لَفْظُ الوَقْفِ (يَنْتَظِمُهُمَا): أَيُّ يَتَنَاولُ مَا قَالَهُ أَبُو حَنِيفَةَ هُوَ حَبَسُ العَيْنِ عَلَى مَلِكِ الوَاقِفِ، وَمَا قَالَهُ وَهُوَ حَبَسُ العَيْنِ عَلَى حُكْمِ مَلِكِ اللهِ تَعَالَى انْتِظَامًا وَاحِدًا مِنْ غَيْرِ تَرْجِيحٍ، فَلَا بُدَّ مِنْ دَلِيلٍ مُرَجِّحٍ.

ثُمَّ ابْتَدَأَ بَيَانًا دَلِيلَهُمَا بِقَوْلِهِ: لُهُمَا قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ لِعُمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ. رَوَى صَخْرُ بْنُ جُوَيْرِيَةَ عَنْ نَافِعٍ « أَنَّ عُمَرَ بْنَ الخَطَّابِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ تُدْعَى ثَمْعًا وَكَانَتْ تَخْلَا

نَفِيسًا، فَقَالَ عُمَرُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي اسْتَفَدْتُ مَالًا وَهُوَ عِنْدِي نَفِيسٌ أَفَأَتَصَدَّقُ بِهِ؟ قَالَ: تَصَدَّقْ بِأَصْلِهِ، لَا يَبَاعُ وَلَا يُوهَبُ وَلَا يُورَثُ، وَلَكِنْ لِيُنْفِقَ مِنْ ثَمَرَتِهِ»، فَتَصَدَّقَ بِهِ عُمَرُ ﷺ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَفِي الرِّقَابِ وَالضُّعْفِ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ وَلِذِي الْقُرْبَى مِنْهُ وَلَا جُنَاحَ عَلَى مَنْ وَلِيَهُ أَنْ يَأْكُلَ بِالْمَعْرُوفِ أَوْ يُؤْكَلَ صَدِيقًا لَهُ غَيْرَ مُتَمَوِّلٍ عَنْهُ، وَهَذِهِ الْأَرْضُ كَانَتْ سَهْمَ عُمَرَ ﷺ بِخَيْرٍ حِينَ قَسَمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ خَيْرَ بَيْنَ أَصْحَابِهِ، وَتَمَنَّعَ لِقَبِّ لَهَا وَهِيَ بَفَتْحِ الثَّاءِ الْمُثَلَّثَةِ وَسُكُونِ الْمِيمِ وَالْعَيْنِ الْمُعْجَمَةِ. وَقَوْلُهُ (إِذْ لَهُ تَظِيرٌ فِي الشَّرْعِ وَهُوَ الْمَسْجِدُ) لَيَّانٍ نَفْيِ اسْتِبْعَادِ أَنْ تَخْرُجَ مِنْ مِلْكِ الْوَاقِفِ وَلَا تَدْخُلَ فِي مِلْكِ غَيْرِهِ، فَإِنْ اتَّخَذَ الْمَسْجِدَ لَزِمَ بِالِاتِّفَاقِ وَهُوَ إِخْرَاجُ لَتِلْكَ الْبُقْعَةِ عَنْ مِلْكِهِ مِنْ غَيْرِ أَنْ تَدْخُلَ فِي مِلْكِ أَحَدٍ وَلَكِنَّهَا تَصِيرُ مَحْبُوسَةً لِنَوْعِ قُرْبَةٍ قَصَدَهَا فَكَذَلِكَ فِي الْوَقْفِ. وَلَأَبْيَ حَنِيفَةٍ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « لَا حَبْسَ عَنْ فَرَائِضِ اللَّهِ » أَيُّ لَا مَالٍ يُحْبَسُ بَعْدَ مَوْتِ صَاحِبِهِ عَنِ الْقِسْمَةِ بَيْنَ وَرَثَتِهِ، لَكِنَّهُمْ يَحْمِلُونَ هَذَا الْأَثَرُ عَلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ أَهْلُ الْجَاهِلِيَّةِ مِنَ الْبَحِيرَةِ وَالسَّائِبَةِ وَالْوَصِيلَةِ وَالْحَامِي، وَيَقُولُونَ الشَّرْعُ أَبْطَلَ ذَلِكَ كُلَّهُ، وَلَكِنَّا نَقُولُ: النُّكْرَةُ فِي مَوْضِعِ التَّنْفِي تَعْمُ فَتَسْأَلُ كُلَّ طَرِيقٍ يَكُونُ فِيهِ حَبْسٌ عَنِ الْمِيرَاثِ إِلَّا مَا قَامَ عَلَيْهِ دَلِيلٌ. وَقَوْلُهُ (جَاءَ مُحَمَّدٌ بَيْنَ الْحَبِيسِ) يَدُلُّ عَلَى أَنَّ لَزُومَ الْوَقْفِ كَانَ فِي شَرِيعَةٍ مِنْ قَبْلِنَا وَأَنَّ شَرِيعَتَنَا نَاسَخَتْ لَذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (كَالسَّائِبَةِ) هِيَ النَّاقَةُ الَّتِي تُسَيَّبُ لِنَذْرِ، وَكَانَ الرَّجُلُ يَقُولُ: إِذَا قَدِمْتُ مِنْ سَفَرِي أَوْ بَرْتُ مِنْ مَرَضِي فَنَاقَتِي سَائِبَةٌ. وَمَعْنَاهُ أَنَّ الْوَقْفَ بِمَنْزِلَةِ تُسَيَّبِ أَهْلِ الْجَاهِلِيَّةِ مِنْ حَيْثُ إِنَّ الْعَيْنَ لَا تَخْرُجُ مِنْ أَنْ تَكُونَ مَمْلُوكَةً لَهُ مُتَتَفَعًا بِهَا، فَإِنَّهُ لَوْ سَيَّبَ دَابَّتَهُ لَمْ تَخْرُجْ عَنْ مِلْكِهِ، فَكَذَا إِذَا وَقَفَ أَرْضَهُ أَوْ دَارِهِ.

وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الْإِعْتِقَاقِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ لَوْ كَانَ إِزَالَةُ الْمِلْكِ لَا إِلَى مَالِكٍ غَيْرِ مَشْرُوعٍ لَمَا جَارَ الْعِنَقُ فَإِنَّهُ إِزَالَةُ الْمِلْكِ الثَّابِتِ فِي الْعَبْدِ مِنْ غَيْرِ تَمْلِكٍ لِأَحَدٍ. وَقَوْلُهُ (وَبِخِلَافِ الْمَسْجِدِ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِهِمُ الْوَقْفَ عَلَى الْمَسْجِدِ. وَقَوْلُهُ (قَالَ فِي الْكِتَابِ) يَعْنِي مُخْتَصَرَ الْقُدُورِيِّ: لَا يَزُولُ مِلْكُ الْوَاقِفِ إِلَّا أَنْ يَحْكُمَ بِهِ الْحَاكِمُ أَوْ يُعْلَقَهُ بِمَوْتِهِ. صُورَةُ الْحُكْمِ أَنْ يُسَلَّمَ الْوَاقِفُ مَا وَقَفَهُ إِلَى الْمُتَوَلَّى ثُمَّ يُرِيدُ أَنْ يَرْجِعَ عَنْهُ فَيُنَازِعُهُ بَعْدَ اللَّزُومِ فَيَخْتَصِمَانِ إِلَى الْقَاضِي فَيَقْضِي بِلُزُومِهِ. وَقَوْلُهُ (فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَزُولُ مِلْكُهُ)

يَعْنِي أَنَّ الْمَشَايخِ اخْتَلَفُوا عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، فَقِيلَ يَزُولُ الْمَلِكُ بِالتَّغْلِيْقِ بِالمَوْتِ لِأَنَّهُ وَقْتُ خُرُوجِ الْأَمْلاكِ عَنْ مِلْكِهِ فَالتَّغْلِيْقُ بِهِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ مُرَادَهُ الْخُرُوجُ مِنَ الْمَلِكِ. وَقِيلَ لَا يَزُولُ وَهُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّ الْوَاقِفَ تَصَدَّقَ بِالْعَلَّةِ وَهُوَ لَا يَسْتَدْعِي زَوَالَ أَصْلِ الْمَلِكِ، وَلِأَنَّهُ تَصَدَّقَ بِالْعَلَّةِ دَائِمًا، وَلَا يُمَكِّنُ التَّصَدُّقُ بِهَا هَكَذَا إِلَّا إِذَا بَقِيَ أَصْلُ الْمُوقِفِ عَلَى مِلْكِهِ، إِلَّا أَنَّهُ تَصَدَّقَ بِمَنَافِعِهِ مُؤَبَّدًا فَيَصِيرُ بِمَنْزِلَةِ الْوَصِيَّةِ بِالْمَنَافِعِ مُؤَبَّدًا فَيَلْزَمُهُ. وَالْمُرَادُ بِالْحَاكِمِ الْمَوْلَى أَيْ الَّذِي وَلَاهُ الْخَلِيفَةُ عَمَلَ الْقَضَاءِ. وَأَمَّا الْمُحْكَمُ وَهُوَ الَّذِي يُفَوَّضُ إِلَيْهِ الْحُكْمُ فِي حَادِثَةٍ مُعَيَّنَةٍ بِاتِّفَاقِ الْمُتَخَصِّصِينَ فِيهِ اخْتِلَافُ الْمَشَايخِ. قَالَ فِي كِتَابِ الْقَضَاءِ مِنْ خُلَاصَةِ الْفَتَاوَى: وَأَمَّا حُكْمُ الْمُحْكَمِ فِي الْيَمِينِ الْمُضَافَةِ وَسَائِرِ الْمُجْتَهِدَاتِ فَلِأَصَحِّ أَنَّهُ يُنْفَذُ وَلَكِنْ لَا يُفْتَى بِهِ.

وَلَوْ وَقَفَ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ قَالَ الطَّحَاوِيُّ: هُوَ بِمَنْزِلَةِ الْوَصِيَّةِ بَعْدَ الْمَوْتِ. وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعِنْدَهُمَا يَلْزَمُهُ إِلَّا أَنَّهُ يُعْتَبَرُ مِنَ الثَّلَاثِ وَالْوَقْفُ فِي الصَّحَّةِ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ، وَإِذَا كَانَ الْمَلِكُ يَزُولُ عِنْدَهُمَا يَزُولُ بِالْقَوْلِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ بِمَنْزِلَةِ الْإِعْتَاقِ لِأَنَّهُ إِسْقَاطُ الْمِلْكِ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا بُدَّ مِنَ التَّسْلِيمِ إِلَى الْمُتَوَلَّى لِأَنَّهُ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ فِيهِ فِي ضِمَنِ التَّسْلِيمِ إِلَى الْعَبْدِ لِأَنَّ التَّمْلِيكَ مِنَ اللَّهِ تَعَالَى وَهُوَ مَالِكُ الْأَشْيَاءِ لَا يَتَحَقَّقُ مَقْصُودًا، وَقَدْ يَكُونُ تَبَعًا لغيرِهِ فَيَأْخُذُ حُكْمَهُ فَيَنْزِلُ مَنْزِلَةَ الزَّكَاةِ وَالصَّدَقَةِ.

قَالَ (وَإِذَا صَحَّ الْوَقْفُ عَلَى اخْتِلَافِهِمْ) وَفِي بَعْضِ النُّسخِ: وَإِذَا أُسْتُحِقَّ مَكَانُ قَوْلِهِ إِذَا صَحَّ (خَرَجَ مِنَ مِلْكِ الْوَاقِفِ وَلَمْ يَدْخُلْ فِي مِلْكِ الْمُوقِفِ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ لَوْ دَخَلَ فِي مِلْكِ الْمُوقِفِ عَلَيْهِ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَيْهِ بَلْ يَنْفَذُ بَيْعَهُ كَسَائِرِ أَمْلاكِهِ، وَلِأَنَّهُ لَوْ مَلَكَه لَمَا انْتَقَلَ عَنْهُ بِشَرَطِ الْمَالِكِ الْأَوَّلِ كَسَائِرِ أَمْلاكِهِ. قَالَ رحمته الله: قَوْلُهُ خَرَجَ عَنِ مِلْكِ الْوَاقِفِ يَحِبُّ أَنْ يَكُونَ قَوْلُهُمَا عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي سَبَقَ تَقْرِيرُهُ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَقَالَ الطَّحَاوِيُّ: هُوَ بِمَنْزِلَةِ الْوَصِيَّةِ بَعْدَ الْمَوْتِ) يَعْنِي يَلْزَمُ الْوَقْفُ حِينَئِذٍ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، بِخِلَافِ الْوَقْفِ فِي الصَّحَّةِ فَإِنَّهُ لَا يَلْزَمُ عَنْدَهُ. ثُمَّ قَالَ الطَّحَاوِيُّ فِي مُحْتَصَرِهِ: وَقَدْ رَوَى مُحَمَّدٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ ذَلِكَ لَا يَجُوزُ مِنْهُ فِي مَرَضِهِ كَمَا لَا

يَجُوزُ فِي صِحَّتِهِ، ثُمَّ قَالَ: وَهُوَ الصَّحِيحُ عَلَى أَصُولِهِ. وَقَالَ الْمُصَنِّفُ: وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لَأَنَّ الْمُبَاشَرَةَ فِي الْمَرَضِ كَالْمُبَاشَرَةِ فِي الصَّحَّةِ حَتَّى لَا يَلْزَمَ وَلَا يَمْتَنِعَ الْإِرْثُ كَالْعَارِيَةِ، وَعِنْدَهُمَا يَلْزَمُ إِلَّا أَنَّهُ يُعْتَبَرُ مِنَ الثُّلْثِ وَالْوَقْفُ فِي الصَّحَّةِ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ.

(قَوْلُهُ وَقَدْ يَكُونُ تَبَعًا لغيرِهِ فَيَأْخُذُ حُكْمَهُ) أَيُ يَثْبُتُ التَّمْلِيكُ مِنَ اللَّهِ تَعَالَى ضَمَنًا لِلتَّمْلِيكِ مِنْ غَيْرِ اللَّهِ تَعَالَى، وَإِنْ كَانَ لَا يَثْبُتُ التَّمْلِيكُ مِنَ اللَّهِ تَعَالَى قَصْدًا فَيَأْخُذُ التَّمْلِيكُ مِنَ اللَّهِ تَعَالَى حُكْمَ التَّمْلِيكِ مِنْ غَيْرِهِ حَتَّى يُشْتَرَطَ فِيهِ التَّسْلِيمُ وَالْقَبْضُ (قَوْلُهُ) فَيُنْزَلُ مَنَزِلَةُ الزَّكَاةِ وَالصَّدَقَةِ يَعْنِي يُنْزَلُ التَّمْلِيكُ مِنَ اللَّهِ تَعَالَى فِي الْوَقْفِ فِي ضِمْنِ التَّسْلِيمِ إِلَى الْعَبْدِ مَنَزِلَةُ تَمْلِيكِ الْمَالِ مِنَ اللَّهِ تَعَالَى فِي الزَّكَاةِ حَيْثُ يَتَحَقَّقُ التَّمْلِيكُ مِنْهُ فِي ضِمْنِ التَّسْلِيمِ إِلَى الْفَقِيرِ.

قَالَ (وَإِذَا صَحَّ الْوَقْفُ عَلَى اخْتِلَافِهِمْ) أَيُ إِذَا صَحَّ الْوَقْفُ عَلَى مَا اخْتَلَفَ فِيهِ الْمَشَايِخُ مِنْ حَيْثُ أَنَّهُ يَصِحُّ عِنْدَهُمَا وَلَا يَصِحُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ عَلَى مَا هُوَ الْمَلْفُوظُ فِي الْأَصْلِ، وَالْأَصْحُ الصَّحَّةُ عِنْدَ الْكُلِّ خَرَجَ مِنْ مِلْكِ الْوَاقِفِ: يَعْنِي عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ وَلَمْ يَدْخُلْ فِي مِلْكِ الْمُوقُوفِ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ لَوْ دَخَلَ فِي مِلْكِهِ جَازَ لَهُ إِخْرَاجُهُ مِنْ مِلْكِهِ كَسَائِرِ أَمْلاكِهِ، وَلَمَّا انْتَقَلَ إِلَى مَنْ بَعْدَهُ مِنْ شَرْطِهِ الْوَاقِفُ لَكِنْ لَيْسَ كَذَلِكَ بِالِاتِّفَاقِ.

وَقَوْلُهُ (يَجِبُ أَنْ يَكُونَ قَوْلُهُمَا عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي سَبَقَ تَقْرِيرُهُ) أُعْطِرَضَ عَلَيْهِ بِأَنَّهُ ذَكَرَ قَبْلَ هَذَا لَا يَزُولُ مِلْكُ الْوَاقِفِ إِلَّا أَنْ يَحْكُمَ بِهِ الْحَاكِمُ، وَهَذَا الِاسْتِثْنَاءُ إِنَّمَا يُحْتَاجُ إِلَيْهِ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ فِي حَقِّ زَوَالِ الْوَقْفِ عَنْ مِلْكِ الْوَاقِفِ، وَأَمَّا عَلَى قَوْلِهِمَا فَإِنَّ الْمَلِكَ يَزُولُ بِدُونِ حُكْمِ الْحَاكِمِ، ثُمَّ الدَّلِيلُ الصَّحِيحُ يَقْتَضِي عَدَمَ جَوَازِ الْخُرُوجِ عَنِ الْمَلِكِ لِأَنَّ الْخُرُوجَ يَقْتَضِي أَنْ لَا يَصِحَّ شَرْطُهُ فِي صَرْفِ الْعَلَةِ كَمَا إِذَا أُعْتِقَ عَبْدُهُ بِشَرْطِ أَنْ يَصْرِفَ غَلَّتَهُ إِلَى كَذَا أَوْ جَعَلَ أَرْضَهُ مَسْجِدًا بِشَرْطِ أَنْ يُصَلِّيَ فِيهِ فَلَا يَزَالُ فِيهِ، فَإِنَّ التَّصْرِيفَ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ غَيْرُ صَحِيحٍ. وَالْجَوَابُ عَنْ الْأَوَّلِ إِنَّمَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ هَاهُنَا إِنَّمَا هُوَ فِي الصَّحَّةِ، وَمَا ذَكَرَهُ قَبْلَ هَذَا فَإِنَّمَا هُوَ فِي الزُّرُومِ، وَالصَّحَّةُ لَا تَسْتَلْزِمُ الزُّرُومَ فَكَانَ الْقَوْلُ بِخُرُوجِ الْوَقْفِ عَنْ مِلْكِ الْوَاقِفِ إِذَا صَحَّ الْوَقْفُ قَوْلُهُمَا لَا

قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ، إِلَّا إِذَا حَكَمَ بِهِ الْحَاكِمُ فَإِنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ خُرُوجُ الْوَقْفِ عَنْ مِلْكِ الْوَاقِفِ قَوْلُ الْكُلِّ.

سَلَمْنَا أَنَّ الصَّحَّةَ هَاهُنَا بِمَعْنَى الزُّومِ وَلَكِنْ لَا يَلْزُمُ مِنَ الزُّومِ الْخُرُوجُ عَنْ مِلْكِ الْوَاقِفِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لِأَنَّ الْوَقْفَ عِنْدَهُ مُعَرَّفٌ بِحَبْسِ الْعَيْنِ عَلَى مِلْكِ الْوَاقِفِ وَالتَّصَدُّقِ بِالْمَنْفَعَةِ، وَذَلِكَ يَمْنَعُ عَنْ الْخُرُوجِ لَا مَحَالَةَ. وَعَنْ الثَّانِي بَأَنْ خُرُوجَ الْمَلِكِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى قُرْبَةً لَا يَمْنَعُ التَّصَرُّفَ فِيهِ مِمَّنْ خَرَجَ عَنْهُ. أَلَا تَرَى أَنَّ الْقُرْبَاتِ تَصِيرُ بِالْإِرَاقَةِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى، ثُمَّ إِنْ صَاحِبُهُ يَتَصَرَّفُ فِيهِ بِالْأَكْلِ وَالْإِطْعَامِ وَالتَّصَدُّقِ بِهِ بِتَوَلِّيَةِ الشَّرْعِ لِكَوْنِهِ الْمُتَقَرَّبِ بِهِ فَجَازَ أَنْ يَكُونَ أَمْرُ الْوَاقِفِ كَذَلِكَ، بِخِلَافِ الْعَبْدِ فَإِنَّهُ يَصِيرُ مَالِكًا لِمَنْفَعِهِ فَلَا يَعْمَلُ فِيهِ تَصَرُّفٌ غَيْرُهُ، وَأَمَّا الْمَسْجِدُ فَلَأَصْلُ الْكَعْبَةِ وَالْمَسْجِدُ الْحَرَامُ فِيهِ سَوَاءٌ الْعَاكِفُ وَالْبَادِ، فَعَلَمْنَا أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَمْ يُولِ التَّخْصِصَ إِلَى الَّذِي جَعَلَهُ مَسْجِدًا، وَإِنَّمَا الْحَقُّ بِالْمَسْجِدِ الْحَرَامِ وَالْكَعْبَةِ

قَالَ (وَوَقَفَ الْمَشَاعُ جَائِزٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ) لِأَنَّ الْقِسْمَةَ مِنْ تَمَامِ الْقَبْضِ وَالْقَبْضُ عِنْدَهُ لَيْسَ بِشَرْطٍ فَكَذَا تَتِمَّتْهُ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَجُوزُ لِأَنَّ أَصْلَ الْقَبْضِ عِنْدَهُ شَرْطٌ فَكَذَا مَا يَتِمُّ بِهِ، وَهَذَا هَيْمًا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ، وَأَمَّا هَيْمًا لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ فَيَجُوزُ مَعَ الشُّيُوعِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ أَيْضًا لِأَنَّهُ يُعْتَبَرُ بِالْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ الْمُنْفَذَةِ إِلَّا فِي الْمَسْجِدِ وَالْمَقْبَرَةِ، فَإِنَّهُ لَا يَتِمُّ مَعَ الشُّيُوعِ هَيْمًا لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ أَيْضًا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، لِأَنَّ بَقَاءَ الشَّرِكَةِ يَمْنَعُ الْخُلُوصَ لِلَّهِ تَعَالَى، وَلِأَنَّ الْمُهَيَّأَةَ هَيْمًا فِي غَايَةِ الْقُبْحِ بِأَنَّهُ يُقْبَرُ فِيهِ الْمَوْتَى سَنَةً، وَيُزْرَعُ سَنَةً وَيُصَلَّى فِيهِ فِي وَقْتٍ وَيُتَّخَذُ إِصْطِبَالًا فِي وَقْتٍ، بِخِلَافِ الْوَقْفِ لِإِمْكَانِ الِاسْتِغْلَالِ وَقِسْمَةِ الْغَلَّةِ.

وَلَوْ وَقَفَهُ الْكُلُّ ثُمَّ أُسْتَحِقَّ جُزْءٌ مِنْهُ بَطَلَ فِي الْبَاقِي عِنْدَ مُحَمَّدٍ لِأَنَّ الشُّيُوعَ مُقَارَنَ كَمَا فِي الْهَبَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا رَجَعَ الْوَاحِدُ فِي الْبَعْضِ أَوْ رَجَعَ الْوَارِثُ فِي الثَّلَاثِينَ بَعْدَ مَوْتِ الْمَرِيضِ وَقَدْ وَهَبَهُ أَوْ أَوْقَفَهُ فِي مَرَضِهِ وَفِي الْمَالِ ضَيْقٍ، لِأَنَّ الشُّيُوعَ فِي ذَلِكَ طَائِرِيٌّ. وَلَوْ أُسْتَحِقَّ جُزْءٌ مُمَيَّزٌ بَعَيْنِهِ لَمْ يَبْطُلْ فِي الْبَاقِي لِعَدَمِ الشُّيُوعِ وَلِهَذَا جَازَ فِي الْإِبْتِدَاءِ وَعَلَى هَذَا الْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ الْمَمْلُوكَةِ. قَالَ: وَلَا يَتِمُّ الْوَقْفُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ حَتَّى يَجْعَلَ آخِرَهُ بِجِهَةٍ لَا تَنْقَطِعُ أَبَدًا.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: إِذَا سَمِيَ فِيهِ جِهَةٌ تَنْقَطِعُ جَارَ وَصَارَ بَعْدَهَا لِلْفُقَرَاءِ وَإِنْ لَمْ يُسَمَّهِمْ. لَهُمَا أَنْ مُوجِبَ الْوَقْفِ زَوَالُ الْمَلِكِ بِدُونِ التَّمْلِيكِ وَأَنَّهُ يَتَأَبَّدُ كَالْعِتْقِ، فَإِذَا كَانَتْ الْجِهَةُ يَتَوَهَّمُ انْقِطَاعُهَا لَا يَتَوَقَّرُ عَلَيْهِ مُقْتَضَاهُ، فَلِهَذَا كَانَ التَّوْقِيتُ مُبْطَلًا لَهُ كَالتَّوْقِيتِ فِي الْبَيْعِ. وَلَأَبِي يُوسُفَ أَنَّ الْمَقْصُودَ هُوَ التَّقَرُّبُ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى وَهُوَ مُوَفَّرٌ عَلَيْهِ، لِأَنَّ التَّقَرُّبَ تَارَةً يَكُونُ فِي الصَّرْفِ إِلَى جِهَةٍ تَنْقَطِعُ وَمَرَّةً بِالصَّرْفِ إِلَى جِهَةٍ تَتَأَبَّدُ فَيَصِحُّ فِي الْوَجْهَيْنِ وَقِيلَ إِنَّ التَّأْبِيدَ شَرْطٌ بِالْإِجْمَاعِ، إِلَّا أَنَّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لَا يَشْتَرِطُ ذِكْرُ التَّأْبِيدِ لِأَنَّ لَفْظَةَ الْوَقْفِ وَالصَّدَقَةَ مُنْبِئَةٌ عَنْهُ لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّهُ إِزَالَةُ الْمَلِكِ بِدُونِ التَّمْلِيكِ كَالْعِتْقِ، وَلِهَذَا قَالَ فِي الْكِتَابِ فِي بَيَانِ قَوْلِهِ وَصَارَ بَعْدَهَا لِلْفُقَرَاءِ وَإِنْ لَمْ يُسَمَّهِمْ، وَهَذَا هُوَ الصَّحِيحُ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ ذِكْرُ التَّأْبِيدِ شَرْطٌ لِأَنَّ هَذَا صَدَقَةٌ بِالْمَنْفَعَةِ أَوْ بِالْغَلَةِ، وَذَلِكَ قَدْ يَكُونُ مُؤَقَّتًا وَقَدْ يَكُونُ مُؤَبَّدًا فَمُطْلَقُهُ لَا يَنْصَرِفُ إِلَى التَّأْبِيدِ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّنْصِيسِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ مِنْ تَمَامِ الْقَبْضِ) بَيَّانُهُ أَنَّ الْقَبْضَ لِلْحَيَازَةِ وَالْحَيَازَةُ فِيمَا يُقَسَّمُ إِنَّمَا هِيَ بِالْقِسْمَةِ (قَوْلُهُ وَوَقَّفُ الْمَشَاعَ جَائِزٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ) لَا خِلَافَ بَيْنَهُمَا أَنَّ الْقِسْمَةَ فِيمَا يُقَسَّمُ مِنْ تَمَامِ الْقَبْضِ، وَإِنَّمَا الْخِلَافُ بَيْنَهُمَا فِي أَنَّ أَصْلَ الْقَبْضِ شَرْطٌ أَوْ لَا، عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لَيْسَ بِشَرْطٍ فَكَذَا تَمَامُهُ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ شَرْطٌ فَكَذَا تَمَامُهُ، وَأَمَّا فِيمَا لَا يُقَسَّمُ فَمُحَمَّدٌ أَيْضًا يُجَوِّزُهُ وَيَعْتَبِرُهُ كَالِهِيَةِ وَالصَّدَقَةُ الْمُتَّفَعَّةُ: أَيُّ الصَّدَقَةِ الْخَاضِعَةِ الْمُسَلَّمَةِ إِلَى الْفَقِيرِ وَهُوَ احْتِرَازٌ عَنِ الصَّدَقَةِ الْمَوْقُوفَةِ وَهِيَ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ (قَوْلُهُ إِلَّا فِي الْمَسْجِدِ وَالْمَقْبَرَةِ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ وَوَقَّفُ الْمَشَاعَ جَائِزٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، فَإِنَّهُ لَا يَتِمُّ مَعَ الشُّيُوعِ فِيمَا لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ بِأَنَّ كَانَ الْمَوْضِعُ صَغِيرًا لَا يَصْلُحُ لَمَّا أَرَادَهُ الْوَاقِفُ مِنَ اتِّخَاذِ الْمَسْجِدِ وَالْمَقْبَرَةِ عَلَى تَقْدِيرِ الْقِسْمَةِ.

وَالْحَاصِلُ أَنَّ جَعْلَ الْمَسْجِدِ وَالْمَقْبَرَةِ فِي الْمَشَاعِ الَّذِي لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ لَا يَجُوزُ أَصْلًا لَا قَبْلَ الْقِسْمَةِ وَهُوَ حَالُ كَوْنِهِ مُشَاعًا وَلَا بَعْدَهَا، أَمَّا قَبْلُهَا فَإِنَّ بَقَاءَ الشَّرَكَةِ يَمْنَعُ الْخُلُوصَ عَلَى مَا سَبَّحِيَّ، وَأَمَّا بَعْدَهَا فَلَأَنَّ فَرْضَ الْمَسْأَلَةِ فِيمَا إِذَا كَانَ الْوَضْعُ غَيْرَ صَالِحٍ لِذَلِكَ لَصِغَرِهِ بَقِيَّ أَنْ يَكُونَ بِطَرِيقِ الْمُهَيَّيَّةِ، وَالْمُهَيَّيَّةُ فِيهِمَا فِي غَايَةِ الْقُبْحِ الْخُ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ ظَاهِرٌ. قَالَ (وَلَا يَتِمُّ الْوَقْفُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ حَتَّى يَجْعَلَ

آخِرُهُ لِحِجَّةٍ لَا تَنْقَطِعُ) مِثْلُ أَنْ يَقُولَ عَلِيٌّ كَذَا وَكَذَا، ثُمَّ عَلَى فَقَرَاءِ الْمُسْلِمِينَ حَيْثُمَا وَجَدُوا مَثَلًا. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: إِذَا سَمِيَ جِهَةً تَنْقَطِعُ مِثْلُ أَنْ يَقِفَ عَلَى أَوْلَادِهِ أَوْ عَلَى أُمَّهَاتِ أَوْلَادِهِ جَارَ وَصَارَ بَعْدَهَا لِلْفُقَرَاءِ وَإِنْ لَمْ يُسَمَّهِمْ. لِهَذَا أَنَّ مُوجِبَ الْوَقْفِ زَوَالُ الْمَلِكِ بِدُونِ التَّمْلِكِ: يَعْنِي لَا إِلَى مَالِكٍ، وَكُلُّ مَا كَانَ زَوَالُ الْمَلِكِ بِدُونِ التَّمْلِكِ فَإِنَّهُ يَتَأَبَّدُ كَالْعَتَقِ فَمُوجِبُ الْوَقْفِ يَتَأَبَّدُ، وَإِذَا كَانَتْ الْجِهَةُ يُتَوَهَّمُ انْقِطَاعُهَا لَا يَتَوَفَّرُ عَلَيْهِ أَيْ عَلَى الْوَقْفِ مُقْتَضَاهُ، وَلِهَذَا كَانَ التَّوَقُّفُ مُبْطِلًا لَهُ لِأَنَّهُ يُنَافِي مُوجِبَهُ كَالْتَّوَقُّفِ فِي الْبَيْعِ. قِيلَ فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ رَحِمَهُ اللَّهُ تَنَاقُضٌ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهُ ذَكَرَ فِي أَوَّلِ كِتَابِ الْوَقْفِ أَنَّ الْوَقْفَ عِنْدَهُ حَبْسُ الْعَيْنِ عَلَى مَلِكِ الْوَاقِفِ فَكَانَ مُوجِبُهُ عَدَمَ زَوَالِ الْمَلِكِ عَنِ الْوَاقِفِ، ثُمَّ قَالَ هُنَا: مُوجِبُهُ زَوَالُ الْمَلِكِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ هَذَا قَوْلُ مُحَمَّدٍ وَرِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، وَالْمَذْكُورُ فِي أَوَّلِ الْكِتَابِ هُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ فِي رِوَايَةٍ عَنْهُ أُخْرَى، فَيَكُونُ عَنْهُ فِي الْمَسْأَلَةِ رَوَاتَيْنِ. وَقِيلَ أَرَادَ هَاهُنَا مَا إِذَا حَكَمَ الْحَاكِمُ بِصِحَّةِ الْوَقْفِ وَلَزُومِهِ فَحِينَئِذٍ يَخْرُجُ الْوَقْفُ عَنْ مَلِكِ الْوَاقِفِ بِالْإِتِّفَاقِ وَهَذَا أَوْفَقُ. وَأَقُولُ: هَذَا لَيْسَ بِمُنَاسِبٍ لِمَا تَقَدَّمَ مِنْ قَوْلِ الْمُصَنِّفِ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ قَوْلُهُمَا عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي سَبَقَ تَقْرِيرُهُ. وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْوَقْفِ هُوَ التَّقَرُّبُ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى، وَهُوَ مُوقَّرٌ عَلَيْهِ فِيمَا إِذَا جُعِلَ عَلَى جِهَةٍ تَنْقَطِعُ لِأَنَّ التَّقَرُّبَ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى تَارَةً فِي الصَّرْفِ إِلَى جِهَةٍ تَنْقَطِعُ وَأُخْرَى إِلَى جِهَةٍ تَتَأَبَّدُ فَيَصِحُّ فِي الْوَجْهَيْنِ، وَعَلَى هَذَا لَوْ انْقَطَعَتِ الْجِهَةُ عَادَ الْوَقْفُ إِلَى مَلِكِهِ إِنْ كَانَ حَيًّا، وَإِلَى مَلِكِ وَرَثَتِهِ إِنْ كَانَ مَيِّتًا.

وَلِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: هَذَا التَّغْلِيلُ غَيْرُ مُطَابِقٍ لِمَا ذَكَرَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ لِأَنَّهُ قَالَ وَصَارَ بَعْدَهَا لِلْفُقَرَاءِ وَإِنْ لَمْ يُسَمَّهِمْ، وَذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ التَّأْيِيدَ شَرْطٌ. وَالْجَوَابُ أَنَّ الْمَرْوِيَّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَمْرَانِ: أَحَدُهُمَا أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ التَّأْيِيدُ أَصْلًا. وَالثَّانِي أَنَّهُ يُشْتَرَطُ لَكِنْ لَا يُشْتَرَطُ ذِكْرُهُ بِاللِّسَانِ. وَالْمُصَنِّفُ أَشَارَ إِلَى الْقَوْلِ الْأَوَّلِ بِالتَّغْلِيلِ، وَإِلَى الثَّانِي بِذِكْرِ الْمَذْهَبِ، وَاسْتَدَلَّ عَلَيْهِ بِقَوْلِهِ: وَقِيلَ إِنَّ التَّأْيِيدَ شَرْطٌ بِالْإِجْمَاعِ إلخ، وَفِي كَلَامِهِ تَعْقِيدٌ لَا مَحَالَةَ.

قَالَ (وَيَجُوزُ وَقْفُ الْعَقَارِ) لِأَنَّ جَمَاعَةً مِنَ الصَّحَابَةِ رَضُوا أَنْ يَتَّخِذُوا عَلَيْهِمْ وَقْفَهُ، وَلَا يَجُوزُ وَقْفُ مَا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ قَالَ ﷺ: وَهَذَا عَلَى الْإِسْرَافِ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ (وَقَالَ أَبُو

يُوسُفَ: إِذَا وَقَفَ ضَيْعَتَهُ بِبَقَرِهَا وَأَكْرَتِهَا وَهُمْ عَيْدُهُ جَانَ وَكَذَا سَائِرُ آلَاتِ الْحِرَاسَةِ لِأَنَّهُ تَبَعَ لِلأَرْضِ فِي تَحْصِيلِ مَا هُوَ الْمَقْصُودُ، وَقَدْ يَثْبُتُ مِنَ الْحُكْمِ تَبَعًا مَا لَا يَثْبُتُ مَقْصُودًا كَالشُّرْبِ فِي الْبَيْعِ وَالْبِنَاءِ فِي الْوَقْفِ، وَمُحَمَّدٌ مَعَهُ فِيهِ، لِأَنَّهُ لَمَّا جَازَ إِفْرَادُ بَعْضِ الْمَنْقُولِ بِالْوَقْفِ عِنْدَهُ فَلَا يَجُوزُ الْوَقْفُ فِيهِ تَبَعًا أُولَى. (وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَجُوزُ حَبْسُ الْكُرَاعِ وَالسَّلَاحِ) وَمَعْنَاهُ وَقَفَهُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ، وَأَبُو يُوسُفَ مَعَهُ فِيهِ عَلَى مَا قَالُوا، وَهُوَ اسْتِحْسَانٌ. وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزُ لَمَّا بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ.

وَجَهُ الاستِحْسَانِ الْآثَارُ الْمَشْهُورَةُ فِيهِ: مِنْهَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «وَأَمَّا خَالِدٌ فَقَدْ حَبَسَ أَدْرُعًا وَأَفْرَاسًا لَهُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ تَعَالَى وَطَلَحَتْ حَبَسَ ذُرُوعَهُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ تَعَالَى» ^(١) وَيُرْوَى أَكْرَاعُهُ وَالْكُرَاعُ: الْخَيْلُ. وَيَدْخُلُ فِي حُكْمِهِ الْإِبِلُ؛ لِأَنَّ الْعَرَبَ يُجَاهِدُونَ عَلَيْهَا، وَكَذَا السَّلَاحُ يُحْمَلُ عَلَيْهَا وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَجُوزُ وَقْفُ مَا فِيهِ تَعَامُلٌ مِنَ الْمَنْقُولَاتِ كَالْفَاسِ وَالْمَرِّ وَالْقُدُومِ وَالْمِنْشَارِ وَالْجِنَازَةِ وَثِيَابِهَا وَالْقُدُورِ وَالْمَرَاجِلِ وَالْمَصَاحِفِ. وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ الْقِيَاسَ إِنَّمَا يُتْرَكُ بِالنَّصِّ، وَالنَّصُّ وَرَدَ فِي الْكُرَاعِ وَالسَّلَاحِ فَيُقْتَصَرُ عَلَيْهِ. وَمُحَمَّدٌ يَقُولُ: الْقِيَاسُ قَدْ يُتْرَكُ بِالتَّعَامُلِ كَمَا فِي الْإِسْتِصْنَاعِ، وَقَدْ وَجَدَ التَّعَامُلَ فِي هَذِهِ الْأَشْيَاءِ. وَعَنْ نُصَيْرِ بْنِ يَحْيَى أَنَّهُ وَقَفَ كُتُبَهُ إِنْحَاقًا لَهَا بِالْمَصَاحِفِ، وَهَذَا صَحِيحٌ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ يُمْسِكُ لِلدِّينِ تَعْلِيمًا وَتَعْلَمًا وَقِرَاءَةً، وَأَكْثَرُ فَقَهَاءِ الْأُمُصَارِ عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ، وَمَا لَا تَعَامُلَ فِيهِ لَا يَجُوزُ عِنْدَنَا وَقَفُهُ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: كُلُّ مَا يُمْكِنُ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ مَعَ بَقَاءِ أَصْلِهِ وَيَجُوزُ بَيْعُهُ يَجُوزُ وَقْفُهُ؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ، فَأَشْبَهَ الْعَقَارَ وَالْكُرَاعَ وَالسَّلَاحَ. وَلَنَا أَنَّ الْوَقْفَ فِيهِ لَا يَتَأَبَّدُ، وَلَا بُدَّ مِنْهُ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ فَصَارَ كَالدَّرَاهِمِ وَالْدَّنَانِيرِ بِخِلَافِ الْعَقَارِ، وَلَا مُعَارِضَ مِنْ حَيْثُ السَّمْعُ وَلَا مِنْ حَيْثُ التَّعَامُلُ فَبَقِيَ عَلَى أَصْلِ الْقِيَاسِ. وَهَذَا لِأَنَّ الْعَقَارَ يَتَأَبَّدُ، وَالْجِهَادُ سَنَامُ الدِّينِ، فَكَانَ مَعْنَى الْقُرْبَةِ فِيهِمَا أَقْوَى فَلَا يَكُونُ غَيْرُهُمَا فِي مَعْنَاهُمَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا عَلَى الْإِرْسَالِ) أَيُّ مَا ذَكَرَهُ الْقُدُورِيُّ مِنْ قَوْلِهِ (وَلَا يَجُوزُ وَقْفُ مَا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ) عَلَى الْإِطْلَاقِ مَقْصُودًا أَوْ تَبَعًا، كُرَاعًا أَوْ غَيْرَهُ، تَعَامَلُوا فِيهِ أَوْ لَا.

قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ. وَالْأَكْرَهُ جَمْعُ أَكَّارٍ وَهُوَ الذَّرَاعُ كَأَنَّهَا جَمْعٌ أَكْرَ تَقْدِيرًا.
 وَقَوْلُهُ (وَالْبِنَاءُ فِي الْوَقْفِ) أَيُّ فِي وَقْفِ الْأَرْضِ الَّتِي عَلَيْهَا ذَلِكَ الْبِنَاءُ كَوَقْفِ
 الْحَائِاتِ وَالرَّبَاطَاتِ. وَقَوْلُهُ (لَأَنَّهُ لَمَّا جَازَ إِفْرَادُ بَعْضِ الْمُنْقُولِ) يَعْنِي مِنْ غَيْرِ أَنْ يُجْعَلَ
 تَبَعًا لَشَيْءٍ كَمَا فِي الْمُتَعَارَفِ مِثْلَ الْفَاسِ وَالْقُدُومِ وَالْمَرَاكِجِ (عِنْدَهُ) أَيُّ عِنْدَ مُحَمَّدٍ
 (فَلَأَنْ يَجُوزَ الْوَقْفُ) أَيُّ وَقْفُ الْمُنْقُولِ (تَبَعًا أَوَّلَى) وَالْمُرَادُ بِالْكَرَاعِ هُنَا هُوَ الْخَيْلُ لِمُنَاسِبَةِ
 ذِكْرِ السَّلَاحِ.

وَقَوْلُهُ (لَمَّا بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ) يَعْنِي مَا مَرَّ أَنْ مِنْ شَرْطِهِ التَّأْيِيدُ، وَالتَّأْيِيدُ لَا يَتَحَقَّقُ فِي
 الْمُنْقُولِ وَالْمَرَاكِجِ: قُدُورُ النُّحَاسِ. وَقَوْلُهُ (إِلْحَاقًا لَهَا بِالْمَصَاحِفِ) يَعْنِي أَنْ وَقَفَ الْمَصَاحِفُ
 صَحِيحٌ، فَكَذَا الْكُتُبُ. ذَكَرَ فِي فِتَاوَى قَاضِي خَانَ: اخْتَلَفَ الْمَشَايخُ فِي وَقْفِ الْكُتُبِ
 جَوَزهُ الْفَقِيهَةُ أَبُو الْيَاسِ وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى. وَقَوْلُهُ (كُلُّ مَا يُمَكِّنُ الْإِنْتِفَاعَ بِهِ مَعَ بَقَاءِ أَصْلِهِ)
 احْتِرَازٌ عَنِ الدَّرَاهِمِ وَالذَّنَانِيرِ، فَإِنَّ الْإِنْتِفَاعَ الَّذِي خُلِقَتْ الدَّرَاهِمُ وَالذَّنَانِيرُ لِأَجْلِهِ وَهُوَ
 الثَّمَنَِّةُ لَا يُمَكِّنُ بِهِمَا مَعَ بَقَاءِ أَصْلِهِ فِي مِلْكِهِ. وَقَوْلُهُ (وَيَجُوزُ بَيْعُهُ) احْتِرَازٌ عَنْ حَمْلِ
 النَّاقَةِ وَالْجَارِيَةِ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ فَكَذَا وَقَفُهُ عِنْدَهُ أَيْضًا. وَلَنَا أَنَّ الْوَقْفَ فِي الْمُنْقُولِ لَا
 يَتَأَبَّدُ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَمَا لَا يَتَأَبَّدُ لَا يَجُوزُ وَقْفُهُ لِأَنَّ التَّأْيِيدَ لَا بُدَّ مِنْهُ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ فَصَارَتْ
 الْمُنْقُولَاتُ كَالدَّرَاهِمِ وَالذَّنَانِيرِ. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الْعَقَارِ) جَوَابٌ عَنْ اعْتِبَارِهِ بِالْعَقَارِ.
 وَقَوْلُهُ (وَلَا مُعَارِضَ مِنْ حَيْثُ السَّمْعُ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ فَأَشْبَهَ الْكَرَاعَ وَالسَّلَاحَ.
 وَوَجْهُهُ أَنَّ الْأَصْلَ أَنْ لَا يَجُوزَ وَقْفُ الْكَرَاعِ وَالسَّلَاحِ أَيْضًا كَالدَّرَاهِمِ، إِلَّا أَنَّا تَرَكْنَاهُ
 بِمُعَارِضٍ رَاجِحٍ مِنْ حَيْثُ السَّمْعُ.

وَقَوْلُهُ (وَلَا مِنْ حَيْثُ التَّعَامُلُ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ تَرَكُ الْأَصْلَ فِي الْكَرَاعِ
 وَالسَّلَاحِ بِمُعَارِضٍ مِنْ حَيْثُ السَّمْعُ وَهُوَ لَيْسَ بِمَوْجُودٍ فِي الْمَرَاكِجِ وَالْقُدُومِ وَغَيْرِهِمَا،
 فَلَتَكُنْ صُورَةُ النَّزَاعِ مَقْسِيَةً عَلَى ذَلِكَ. وَوَجْهُهُ أَنَّ لَهُمَا مُعَارِضًا مِنْ حَيْثُ التَّعَامُلُ
 وَلَيْسَ بِمَوْجُودٍ فِي صُورَةِ النَّزَاعِ كَالْعَبِيدِ وَالْإِمَاءِ وَالتِّيَابِ وَالْبُسُطِ وَأَمْثَالِهَا فَبَقِيَ عَلَى
 أَصْلِ الْقِيَاسِ. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) اسْتَظْهَرَ عَلَى أَنَّ إِلْحَاقَ غَيْرِ الْعَقَارِ وَالْكَرَاعِ وَالسَّلَاحِ بِهِمَا
 غَيْرُ جَائِزٍ لِأَنَّ غَيْرَهُمَا لِقَوَّتِهِمَا لَيْسَ فِي مَعْنَاهُمَا، وَلَمْ يَذْكُرِ التَّعَامُلَ اعْتِمَادًا عَلَى شُهْرَةِ
 كَوْنِ التَّعَامُلِ أَقْوَى مِنَ الْقِيَاسِ فَجَازَ أَنْ يُتْرَكَ بِهِ.

قَالَ (وَإِذَا صَحَّ الْوَقْفُ لَمْ يَجْزُ بَيْعُهُ وَلَا تَمْلِكُهُ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَشَاعًا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ فَيَطْلُبُ الشَّرِيكَ الْقِسْمَةَ فَيَصِحُّ مُقَاسَمَتُهُ) أَمَّا امْتِنَاعُ التَّمْلِكِ فَلَمَّا بَيَّنَّا. وَأَمَّا جَوَازُ الْقِسْمَةِ فَلَأَنَّهَا تَمَيِّزٌ وَإِفْرَازٌ، غَايَةُ الْأَمْرِ أَنْ الْغَالِبَ فِي غَيْرِ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ مَعْنَى الْمُبَادَلَةِ. إِلَّا أَنَّ فِي الْوَقْفِ جَعَلْنَا الْغَالِبَ مَعْنَى الْإِفْرَازِ نَظَرًا لِلْوَقْفِ فَلَمْ تَكُنْ بَيْعًا وَتَمْلِكًا، ثُمَّ إِنْ وَقَفَ نَصِيبُهُ مِنْ عَقَارٍ مُشْتَرَكٍ فَهُوَ الَّذِي يُقَاسِمُ شَرِيكَهُ؛ لِأَنَّ الْوِلَايَةَ لِلوَاقِفِ وَبَعْدَ الْمَوْتِ إِلَى وَصِيَّتِهِ، وَإِنْ وَقَفَ نِصْفَ عَقَارٍ خَالصٍ لَهُ فَالَّذِي يُقَاسِمُهُ الْقَاضِي أَوْ يَبِيعُ نَصِيبَهُ الْبَاقِي مِنْ رَجُلٍ، ثُمَّ يُقَاسِمُهُ الْمُشْتَرِي ثُمَّ يَشْتَرِي ذَلِكَ مِنْهُ لِأَنَّ الْوَاحِدَ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُقَاسِمًا وَمُقَاسَمًا، وَلَوْ كَانَ فِي الْقِسْمَةِ فَضْلُ دَرَاهِمٍ إِنْ أُعْطِيَ الْوَاقِفَ لَا يَجُوزُ لَامْتِنَاعِ بَيْعِ الْوَقْفِ، وَإِنْ أُعْطِيَ الْوَاقِفَ جَازَ وَيَكُونُ بِقَدْرِ الدَّرَاهِمِ شِرَاءً.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا صَحَّ الْوَقْفُ لَمْ يَجْزُ بَيْعُهُ) أَيُّ إِذَا لَرِمَ الْوَقْفُ لَمْ يَجْزُ بَيْعُهُ وَلَا تَمْلِكُهُ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَشَاعًا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ فَيَطْلُبُ الشَّرِيكَ الْقِسْمَةَ فَتَصِحُّ مُقَاسَمَتُهُ، فَقَوْلُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَشَاعًا اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ لَمْ يَجْزُ بَيْعُهُ، وَهُوَ مُنْقَطِعٌ أَوْ مُتَّصِلٌ، لِأَنَّ مَعْنَى الْمُبَادَلَةِ فِي قِسْمَةِ الْعَقَارِ رَاجِحٌ فَجُعِلَ كَأَنَّهُ يَبِيعُ اتِّسَاعًا، أَمَّا امْتِنَاعُ التَّمْلِكِ فَلَمَّا بَيَّنَّا: يَعْنِي مَا رُوِيَ مِنْ قَوْلِهِ ﷺ «تَصَدَّقْ بِأَصْلِهَا لَا ثَبَاعُ وَلَا تُوهَبُ» وَمَا ذَكَرَهُ مِنَ الْمَعْنَى بِقَوْلِهِ وَلَئِنْ الْحَاجَةَ مَاسَةً إلخ. وَقَوْلُهُ (وَأَمَّا جَوَازُ الْقِسْمَةِ) فَظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (فَهُوَ الَّذِي يُقَاسِمُ) أَيُّ الْوَاقِفُ هُوَ الَّذِي يُقَاسِمُ شَرِيكَهُ لَا الْقَاضِي.

وَقَوْلُهُ (خَالصٌ) صِفَةُ عَقَارٍ: أَيُّ لَوْ كَانَ لَهُ عَقَارٌ مِائَةُ ذِرَاعٍ وَهُوَ خَالصٌ لَهُ لَا شَرِكَةَ لَغَيْرِهِ فِيهِ فَوَقَفَ مِنْهُ خَمْسِينَ ذِرَاعًا وَجَبَ أَنْ يَكُونَ الْقَاسِمُ هَاهُنَا غَيْرَ الْوَاقِفِ لِئَلَّا يَلَزِمَ أَنْ يَكُونَ الشَّخْصُ الْوَاحِدُ مُطَالِبًا وَمُطَالَبًا، فَإِنْ مُقَاسِمَ النِّصْفِ الَّذِي هُوَ الْوَقْفُ مُطَالِبٌ مِنْ مَالِكِ النِّصْفِ الَّذِي هُوَ غَيْرُ وَقْفٍ وَمَالِكُ النِّصْفِ مُطَالَبٌ وَهُوَ الْوَاقِفُ بَعَيْنِهِ الْمُقَاسِمُ لِنِصْفِ الْوَقْفِ فَكَانَ مُطَالِبًا وَمُطَالَبًا، وَهُوَ لَا يَجُوزُ فَيَرْفَعُ أَمْرُهُ إِلَى الْقَاضِي لِيُقَاسِمَهُ، أَوْ يَبِيعَ نَصِيبَهُ الْبَاقِي مِنْ رَجُلٍ ثُمَّ يُقَاسِمُ الْمُشْتَرِي ثُمَّ يَشْتَرِي ذَلِكَ مِنْهُ، وَلَوْ كَانَ فِي الْقِسْمَةِ فَضْلُ دَرَاهِمٍ بِأَنْ كَانَ أَحَدُ النَّصِيبَيْنِ أَجْوَدَ فَدَعَتِ الضَّرُورَةُ إِلَى إِدْخَالِ الدَّرَاهِمِ فِي الْقِسْمَةِ أَوْ تَرَاضِيًا عَلَى ذَلِكَ فَإِنْ إِدْخَالَ الدَّرَاهِمِ فِي الْقِسْمَةِ لَا

يَجُوزُ إِلَّا لَظَرُورَةً أَوْ بِالتَّرَاضِي عَلَى مَا سَيَأْتِي فِي كِتَابِ الْقِسْمَةِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ الْوَاقِفُ يَأْخُذُ الدَّرَاهِمَ أَوْ يُعْطِيهَا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ لَمْ يَجْزُ لِأَنَّهُ يُعْطَى بِمُقَابَلَةِ الدَّرَاهِمِ شَيْئًا مِنَ الْوَقْفِ، وَبَيْعُ الْوَقْفِ لَا يَجُوزُ وَإِنْ كَانَ الثَّانِي جَازًا، لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَشْتَرِي شَيْئًا بِمُقَابَلَةِ الدَّرَاهِمِ وَيَقِفُهُ وَهُوَ جَائِزٌ.

قَالَ (وَالْوَاجِبُ أَنْ يُبْتَدَأَ مِنْ ارْتِفَاعِ الْوَقْفِ بِعِمَارَتِهِ شَرْطُ ذَلِكَ الْوَاقِفُ أَوْ لَمْ يَشْتَرِطْ) لِأَنَّ قَصْدَ الْوَاقِفِ صَرْفُ الْغَلَّةِ مُؤَبَّدًا، وَلَا تَبْقَى دَائِمَةً إِلَّا بِالْعِمَارَةِ فَيُثَبِّتُ شَرْطُ الْعِمَارَةِ اقْتِضَاءً وَلِأَنَّ الْخَرَاجَ بِالضَّمَانِ وَصَارَ كَنَفَقَةِ الْعَبْدِ الْمُوصَى بِخِدْمَتِهِ، فَإِنَّهَا عَلَى الْمُوصَى لَهُ بِهَا. ثُمَّ إِنْ كَانَ الْوَقْفُ عَلَى الْفُقَرَاءِ لَا يَظْفَرُ بِهِمْ، وَأَقْرَبُ أَمْوَالِهِمْ هَذِهِ الْغَلَّةُ فَتَجِبُ فِيهَا. وَلَوْ كَانَ الْوَقْفُ عَلَى رَجُلٍ بَعِيْنِهِ وَآخِرُهُ لِلْفُقَرَاءِ فَهُوَ فِي مَالِهِ: أَيْ مَالٍ شَاءَ فِي حَالِ حَيَاتِهِ. وَلَا يُؤْخَذُ مِنَ الْغَلَّةِ: لِأَنَّهُ مُعَيَّنٌ يُمْكِنُ مُطَابَقَتُهُ، وَإِنَّمَا يَسْتَحِقُّ الْعِمَارَةُ عَلَيْهِ بِقَدَرِ مَا يَبْقَى الْمَوْقُوفُ عَلَى الصَّنَفَةِ الَّتِي وَقَفَهُ، وَإِنْ خَرِبَ بَيْنِي عَلَى ذَلِكَ الْوَصْفِ: لِأَنَّهُ بِصِفَتِهَا صَارَتْ غَلَّتُهَا مَصْرُوفَةً إِلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ.

فَأَمَّا الزِّيَادَةُ عَلَى ذَلِكَ فَلَيْسَتْ بِمُسْتَحَقَّةٍ عَلَيْهِ وَالْغَلَّةُ مُسْتَحَقَّةٌ فَلَا يَجُوزُ صَرْفُهَا إِلَى شَيْءٍ آخَرَ إِلَّا بِرِضَاهُ، وَلَوْ كَانَ الْوَقْفُ عَلَى الْفُقَرَاءِ فَكَذَلِكَ عِنْدَ الْبَعْضِ، وَعِنْدَ الْآخَرِينَ يَجُوزُ ذَلِكَ، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ لِأَنَّ الصَّرْفَ إِلَى الْعِمَارَةِ ضَرُورَةٌ إِبْقَاءَ الْوَقْفِ وَلَا ضَرُورَةَ فِي الزِّيَادَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ لِأَنَّ « الْخَرَاجَ بِالضَّمَانِ » هَذَا لَفْظُ الْحَدِيثِ، وَهُوَ مِنْ جَوَامِعِ الْكَلَمِ، وَلِإِحْرَازِهِ مَعَانِيَّ جَمَّةَ جَرَى مَجْرَى الْمَثَلِ وَاسْتَعْمِلَ فِي كُلِّ مَضَرَّةٍ بِمُقَابَلَةِ مَنْفَعَةٍ، وَمَعْنَاهُ هَاهُنَا: أَنَّ غَلَّةَ الْوَقْفِ لَمَّا كَانَتْ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِمْ كَانَتْ الْعِمَارَةُ عَلَيْهِمْ أَيْضًا. ثُمَّ إِنْ كَانَ الْوَقْفُ عَلَى الْفُقَرَاءِ لَا يَظْفَرُ بِهِمْ: أَيْ لَا يَقُوزُ الْمُتَوَلَّى بِهِمْ لَعَدَمِ تَعْيْنِهِمْ وَعُسْرَتِهِمْ، وَأَقْرَبُ أَمْوَالِهِمْ إِلَى الْمُتَوَلَّى هَذِهِ الْغَلَّةُ فَتَجِبُ فِيهَا. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ كَانَ الْوَقْفُ عَلَى رَجُلٍ بَعِيْنِهِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَلَا يُؤْخَذُ مِنَ الْغَلَّةِ) يَعْنِي حَتْمًا لِأَنَّهُ قَالَ فَهُوَ فِي مَالِهِ أَيْ مَالٍ شَاءَ، وَهَذِهِ الْغَلَّةُ أَيْضًا مِنْ مَالِهِ، فَلَوْ لَمْ يُقَيَّدْ بِذَلِكَ تَنَاقُضَ كَلَامُهُ. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ كَانَ الْوَقْفُ عَلَى الْفُقَرَاءِ) يَعْنِي لَا عَلَى رَجُلٍ بَعِيْنِهِ فَكَذَلِكَ عِنْدَ الْبَعْضِ: أَيْ لَا تُصَرَّفُ

غَلَّةُ الْوَقْفِ إِلَى زِيَادَةِ عِمَارَةٍ لَمْ تُكُنْ فِي ابْتِدَاءِ الْوَقْفِ بَلْ تُصَرَّفُ إِلَى الْفُقَرَاءِ. وَعِنْدَ آخَرِينَ يَجُوزُ ذَلِكَ، وَالْأَوَّلُ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ الْبِنَاءُ الثَّانِي مِثْلَ الْأَوَّلِ لَا زَائِدًا عَلَيْهِ أَصَحُّ لَمَّا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ.

قَالَ (فَإِنْ وَقَفَ دَارًا عَلَى سُكْنَى وَلَدِهِ فَالْعِمَارَةُ عَلَى مَنْ لَهُ سُكْنَى) لِأَنَّ الْخَرَاجَ بِالضَّمَانِ عَلَى مَا مَرَّ فَصَارَ كَتَفَقَعَةِ الْعَبْدِ الْمُوصَى بِخِدْمَتِهِ (فَإِنْ امْتَنَعَ مِنْ ذَلِكَ، أَوْ كَانَ فَقِيرًا أَجَرَهَا الْحَاكِمُ وَعَمَرَهَا بِأَجَرَتِهَا، وَإِذَا عَمَرَهَا رَدَّهَا إِلَى مَنْ لَهُ السُّكْنَى) لِأَنَّ فِي ذَلِكَ رِعَايَةَ الْحَقَّيْنِ حَقَّ الْوَاقِفِ وَحَقَّ صَاحِبِ السُّكْنَى، لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يُعَمَّرْهَا تَفَوَّتَ السُّكْنَى أَصْلًا، وَالْأَوَّلُ أَوْلَى، وَلَا يُجْبَرُ الْمُتَمَتِّعُ عَلَى الْعِمَارَةِ لَمَّا فِيهِ مِنْ إِتْلَافٍ مَالِهِ فَأَشْبَهَ امْتِنَاعَ صَاحِبِ الْبَذْرِ فِي الْمَزَارَعَةِ فَلَا يَكُونُ امْتِنَاعُهُ رِضًا مِنْهُ بِبُطْلَانِ حَقِّهِ لِأَنَّهُ فِي حَيْزِ التَّرَدُّدِ، وَلَا تَصِحُّ إِجَارَةُ مَنْ لَهُ السُّكْنَى لِأَنَّهُ غَيْرُ مَالِكٍ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ وَقَفَ دَارًا عَلَى سُكْنَى وَلَدِهِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَالْأَوَّلُ أَوْلَى) يُرِيدُ بِهِ إِجَارَةَ الْحَاكِمِ وَعِمَارَتَهَا بِأَجَرَتِهَا ثُمَّ رَدَّهَا إِلَى مَنْ لَهُ السُّكْنَى. وَالثَّانِي هُوَ تَرْكُ الْعِمَارَةِ. وَاسْتَفِيدَ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يُعَمَّرْهَا تَفَوَّتَ السُّكْنَى أَصْلًا. وَقَوْلُهُ (فِي حَيْزِ التَّرَدُّدِ) يَبَيِّنُهُ أَنَّ الْامْتِنَاعَ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لِبُطْلَانِ حَقِّهِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ نُقْصَانُ مَالِهِ فِي الْحَالِ وَلَرَجَائِهِ إِصْلَاحَ الْقَاضِي وَعِمَارَتَهُ ثُمَّ رَدَّهٖ إِلَيْهِ. وَقَوْلُهُ (وَلَا تَصِحُّ إِجَارَةُ مَنْ لَهُ السُّكْنَى) إِضَافَةٌ الْمَصْدَرِ إِلَى فَاعِلِهِ، وَهَذَا لِأَنَّ إِجَارَةَ تَمْلِكُ الْمَنَافِعَ بِعَوَضٍ وَلَا تَمْلِكُ مِنْ غَيْرِ الْمَالِكِ، وَمَنْ لَهُ السُّكْنَى لَيْسَ بِمَالِكٍ. وَتَوْقُضَ بِالْمُسْتَأْجِرِ فَإِنْ لَهُ أَنْ يُؤَجَّرَ الدَّارَ وَلَيْسَ بِمَالِكِهَا. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ مَالِكُ الْمَنَفْعَةِ وَلِهَذَا أُقِيمَتِ الْعَيْنُ فِي ابْتِدَاءِ الْعَقْدِ مَقَامَ الْمَنَفْعَةِ لِأَنَّ يَلْزَمَ تَمْلِكُ الْمَنَفْعَةَ الْمَعْدُومَةَ، وَمَنْ لَهُ السُّكْنَى أُيِّحَتْ لَهُ الْمَنَفْعَةُ وَلِهَذَا لَمْ تَقُمْ الْعَيْنُ مَقَامَ الْمَنَفْعَةِ فِي ابْتِدَاءِ الْوَقْفِ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ جَوَازِ تَمْلِكِ الْمَالِكِ جَوَازُ تَمْلِكِ غَيْرِهِ.

قَالَ (وَمَا انْهَدَمَ مِنْ بِنَاءِ الْوَقْفِ وَآلَتِهِ) صَرْفُهُ الْحَاكِمُ فِي عِمَارَةِ الْوَقْفِ إِنْ احتَاجَ إِلَيْهِ، وَإِنْ اسْتَغْنَى عَنْهُ أَمْسَكَهُ حَتَّى يَحْتَاجَ إِلَى عِمَارَتِهِ فَيَصْرِفُهُ فِيهِمَا؛ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ الْعِمَارَةِ لِيَبْقَى عَلَى الثَّابِتِ فَيَحْصُلَ مَقْصُودُ الْوَاقِفِ. فَإِنْ مَسَّتْ الْحَاجَةُ إِلَيْهِ فِي الْحَالِ صَرْفَهَا فِيهَا، وَإِلَّا أَمْسَكَهَا حَتَّى لَا يَتَعَذَّرَ عَلَيْهِ ذَلِكَ أَوْ أَنَّ الْحَاجَةَ فَيَبْطُلُ الْمَقْصُودُ، وَإِنْ

تَعْدَرُ إِعَادَةُ عَيْنِهِ إِلَى مَوْضِعِهِ بَيْعَ وَصَرَفَ ثَمَنُهُ إِلَى الْمَرْمَةِ صَرَفًا لِلْبَدَلِ إِلَى مَصْرِفِ الْمُبْدَلِ (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَقْسِمَهُ) يَعْنِي النِّقْضَ (بَيْنَ مُسْتَحَقِّي الْوَقْفِ) لِأَنَّهُ جُزْءٌ مِنَ الْعَيْنِ وَلَا حَقٌّ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِمْ فِيهِ؛ وَإِنَّمَا حَقُّهُمْ فِي الْمَنَافِعِ، وَالْعَيْنُ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى فَلَا يَصْرِفُ إِلَيْهِمْ غَيْرَ حَقِّهِمْ.

الشرح:

قَالَ (وَمَا ائْتَدَمَ مِنْ بِنَاءِ الْوَقْفِ وَآلَتِهِ) قَالَ صَاحِبُ النَّهَايَةِ: قَوْلُهُ وَآلَتِهِ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَجْرُورًا بِالْعَطْفِ عَلَى الْبِنَاءِ: يَعْنِي مَا ائْتَدَمَ مِنْ آلَةِ الْوَقْفِ بِأَنْ بَلِيَ خَشَبُ الْوَقْفِ وَفَسَدَ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَرْفُوعًا بِالْعَطْفِ عَلَى مَا الْمَوْصُولَةُ وَهُوَ الْمَقُولُ عَنْ الثَّقَاتِ، لِأَنَّهُ لَا يُقَالُ ائْتَدَمَتِ الْآلَةُ، وَالتَّقْضُ بِضَمِّ التَّوْنِ الْبِنَاءُ الْمَنْقُوضُ، وَفِي الصَّحَاحِ ذِكْرُهُ بِكَسْرِ التَّوْنِ لَا غَيْرُ.

قَالَ (وَإِذَا جَعَلَ الْوَاقِفُ غَلَتَ الْوَقْفَ لِنَفْسِهِ أَوْ جَعَلَ الْوِلَايَةَ إِلَيْهِ جَازَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ) قَالَ رحمته: ذَكَرَ فَصْلَيْنِ شَرَطَ الْغَلَتِ لِنَفْسِهِ وَجَعَلَ الْوِلَايَةَ إِلَيْهِ. أَمَّا الْأَوَّلُ فَهُوَ جَائِزٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، وَلَا يَجُوزُ عَلَى قِيَاسِ قَوْلِ مُحَمَّدٍ وَهُوَ قَوْلُ هِلَالِ الرَّازِيِّ وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ. وَقِيلَ إِنَّ الْأَخْتِلَافَ بَيْنَهُمَا بِنَاءً عَلَى الْأَخْتِلَافِ فِي اشْتِرَاطِ الْقَبْضِ وَالْإِفْرَازِ. وَقِيلَ هِيَ مَسْأَلَةٌ مُبْتَدَأَةٌ، وَالْخِلَافُ فِيمَا إِذَا شَرَطَ الْبَعْضُ لِنَفْسِهِ فِي حَيَاتِهِ وَبَعْدَ مَوْتِهِ لِلْفُقَرَاءِ، وَفِيمَا إِذَا شَرَطَ الْكُلَّ لِنَفْسِهِ فِي حَيَاتِهِ وَبَعْدَ مَوْتِهِ لِلْفُقَرَاءِ سَوَاءً؛ وَلَوْ وَقَفَ وَشَرَطَ الْبَعْضَ أَوْ الْكُلَّ لِأُمَمَاتٍ أَوْلَادِهِ وَمُدَبَّرِيهِ مَا دَامُوا أَحْيَاءً، فَإِذَا مَاتُوا فَهُوَ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ، فَقَدْ قِيلَ يَجُوزُ بِالِاتِّفَاقِ، وَقَدْ قِيلَ هُوَ عَلَى الْخِلَافِ أَيْضًا وَهُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّ اشْتِرَاطَهُ لَهُمْ فِي حَيَاتِهِ كَاشْتِرَاطِهِ لِنَفْسِهِ. وَجَهٌ قَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْوَقْفَ تَبَرُّعٌ عَلَى وَجْهِ التَّمْلِيكِ بِالطَّرِيقِ الَّذِي قَدْ مَنَاهُ، فَاشْتِرَاطُهُ الْبَعْضَ أَوْ الْكُلَّ لِنَفْسِهِ يُبْطِلُهُ؛ لِأَنَّ التَّمْلِيكَ مِنْ نَفْسِهِ لَا يَتَحَقَّقُ فَصَارَ كَالصَّدَقَةِ الْمُنْفَذَةِ، وَشَرَطَ بَعْضَ بَقْعَةِ الْمَسْجِدِ لِنَفْسِهِ. وَلَأَبِي يُوسُفَ مَا رَوِيَ « أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ يَأْكُلُ مِنْ صَدَقَتِهِ » ^(١) وَالْمُرَادُ مِنْهَا صَدَقَتُهُ الْمَوْقُوفَةُ، وَلَا يَحِلُّ الْأَكْلُ مِنْهَا إِلَّا بِالشَّرْطِ، فَدَلَّ عَلَى

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٧٣٩): غريب.

صِحَّتِهِ، وَلَأَنَّهُ الْوَقْفَ إِزَالَتُهُ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى عَلَى وَجْهِ الْقُرْبَةِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، فَإِذَا شَرَطَ الْبَعْضَ أَوْ الْكُلَّ لِنَفْسِهِ، فَقَدْ جَعَلَ مَا صَارَ مَمْلُوكًا لِلَّهِ تَعَالَى لِنَفْسِهِ لَا أَنَّهُ يَجْعَلُ مِلْكًا لِنَفْسِهِ لِنَفْسِهِ، وَهَذَا جَائِزٌ، كَمَا إِذَا بَنَى خَانًا أَوْ سِقَايَةً أَوْ جَعَلَ أَرْضَهُ مَقْبَرَةً، وَشَرَطَ أَنْ يَنْزِلَهُ أَوْ يَشْرَبَ مِنْهُ أَوْ يُدْفَنَ فِيهِ، وَلَأَنَّهُ مَقْصُودُهُ الْقُرْبَةَ وَفِي الصَّرْفِ إِلَى نَفْسِهِ ذَلِكَ، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «نَفَقَتُ الرَّجُلُ عَلَى نَفْسِهِ صَدَقَةً»^(١).

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا يَجُوزُ عَلَى قِيَاسِ قَوْلِ مُحَمَّدٍ) بِنَاءً عَلَى أَنَّ التَّسْلِيمَ إِلَى الْمُتَوَلَّى شَرَطٌ عِنْدَهُ وَلَمْ يَوْجَدْ. قَالَ الصَّدْرُ الشَّهِيدُ: وَالْفَتْوَى عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ تَرْغِيْبًا لِلنَّاسِ فِي الْوَقْفِ. وَقَوْلُهُ (فَقَدْ قِيلَ يَجُوزُ بِالِاتِّفَاقِ) وَهُوَ رِوَايَةُ الْمُبْسُوطِ وَالذَّخِيرَةِ وَالتَّيْمَةِ وَفَتْاوى قَاضِي خَانَ، وَهَذَا ظَاهِرٌ عَلَى أَصْلِ أَبِي يُوسُفَ، فَإِنَّهُ لَوْ شَرَطَ بَعْضُ الْعَلَةِ أَوْ كُلُّهَا لِنَفْسِهِ فِي حَالِ حَيَاتِهِ جَازَ فَلَأُمَمَاتٍ أَوْلَادِهِ أُولَى، وَإِنَّمَا الْإِشْكَالُ عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِطَ ذَلِكَ لِنَفْسِهِ وَاشْتَرَاطُهُ لَأُمَمَاتٍ أَوْلَادِهِ فِي حَيَاتِهِ بِمَنْزِلَةِ اشْتَرَاطِهِ لِنَفْسِهِ، وَلَكِنْ جَوَزَ ذَلِكَ اسْتِحْسَانًا لِلْعَرَفِ، وَلَئِنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ تَصْحِيحِ هَذَا الشَّرْطِ لَهُنَّ لِأَنَّهُنَّ يَعْتَقْنَ بِمَوْتِهِ، فَاشْتَرَاطُهُ لَهُنَّ كَاشْتَرَاطِهِ لِسَائِرِ الْأَجَانِبِ فَيَجُوزُ ذَلِكَ فِي حَيَاتِهِ أَيْضًا تَبَعًا لِمَا بَعْدَ الْوَفَاةِ، وَقَدْ قِيلَ هُوَ عَلَى الْخِلَافِ أَيْضًا وَهُوَ الصَّحِيحُ، لِأَنَّ اشْتَرَاطَهُ لَهُمْ فِي حَيَاتِهِ: أَيْ اشْتَرَاطُ صَرْفِ الْعَلَةِ فِي ابْتِدَاءِ الْوَقْفِ لَأُمَمَاتٍ أَوْلَادِهِ وَمُدَبَّرِيهِ، وَذَكَرَ الضَّمِيرُ تَعْلِيلًا لِلْمُدَبِّرِينَ عَلَى أُمَمَاتٍ الْأَوْلَادِ كَاشْتَرَاطِهِ لِنَفْسِهِ، ثُمَّ اشْتَرَاطُ صَرْفِ الْعَلَةِ لِنَفْسِهِ فِي ابْتِدَاءِ الْوَقْفِ جَائِزٌ بِدُونِ وَاسِطَةٍ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، فَكَذَا يَجُوزُ اشْتَرَاطُ صَرْفِ الْعَلَةِ إِلَى نَفْسِهِ انْتِهَاءً بِوَاسِطَةِ اشْتَرَاطِ صَرْفِ الْعَلَةِ إِلَى أُمَمَاتٍ أَوْلَادِهِ وَمُدَبَّرِيهِ. وَجْهٌ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّ الْوَقْفَ تَبَرُّعٌ عَلَى وَجْهِ التَّمْلِيكِ بِالطَّرِيقِ الَّذِي قَدَّمْنَاهُ: أَيْ بِطَرِيقِ التَّقَرُّبِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى، فَاشْتَرَاطُهُ الْكُلِّ أَوْ الْبَعْضِ لِنَفْسِهِ يُبْطِلُهُ لِأَنَّ التَّمْلِيكَ مِنْ نَفْسِهِ لَا يَتَحَقَّقُ فَصَارَ كَالصَّدَقَةِ الْمُنْفَعَةِ، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُسَلَّمَ قَدْرًا مِنْ مَالِهِ لِلْفَقِيرِ عَلَى وَجْهِ الصَّدَقَةِ بِشَرْطِ أَنْ يَكُونَ بَعْضُهُ لَهُ وَشَرْطِ بَعْضِ بُقْعَةِ الْمَسْجِدِ لِنَفْسِهِ، فَقَوْلُهُ وَشَرْطُ بِالْجَرِّ

(١) أخرجه ابن ماجه (٢١٣٨) عن المقدام، والحديث يروى عن عدة من الصحابة، وانظر نصب الراية (٧٤٠/٣).

عَطْفًا عَلَى قَوْلِهِ كَالصَّدَقَةِ الْمُنْفَذَةِ، وَمَعْنَاهُ أَنْ يَجْعَلَ بَعْضَ الْمَسْجِدِ لِنَفْسِهِ كَانَ مَانِعًا عَنِ الْجَوَازِ فِي الْكُلِّ، فَكَذَا إِذَا جَعَلَ بَعْضَ الْغَلَّةِ لِنَفْسِهِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَأَبِي يُوسُفَ مَا رُويَ « أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يَأْكُلُ مِنْ صَدَقَتِهِ ») ذَكَرَ الْحَدِيثَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ فِي مَبْسُوطِهِ، وَالْمُرَادُ مِنْهُ الصَّدَقَةُ الْمَوْقُوفَةُ، وَلَا يَحِلُّ الْأَكْلُ مِنْهُ إِلَّا بِالشَّرْطِ بِالْإِجْمَاعِ فَدَلَّ عَلَى صِحَّتِهِ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ) إِشَارَةٌ إِلَى مَا ذُكِرَ عِنْدَ قَوْلِهِ وَلَا يَتِمُّ الْوَقْفُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ حَتَّى يَجْعَلَ آخِرَهُ إِلَى جِهَةٍ لَا تَنْقَطِعُ أَبَدًا بِقَوْلِهِ لَهَا إِنْ مُوجِبَ الْوَقْفِ زَوَالُ الْمَلِكِ بِذَوْنِ التَّمْلِيكِ، وَإِلَى قَوْلِهِ وَلَأَبِي يُوسُفَ أَنْ الْمَقْصُودُ هُوَ التَّقَرُّبُ، فَعُلِمَ مِنْ هَذَا الْمَجْمُوعِ أَنَّ الْوَقْفَ إِزَالَةَ الْمَلِكِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى عَلَى وَجْهِ الْقَرَبَةِ.

وَلَوْ شَرَطَ الْوَاقِفُ أَنْ يَسْتَبْدِلَ بِهِ أَرْضًا أُخْرَى إِذَا شَاءَ ذَلِكَ فَهُوَ جَائِزٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ الْوَقْفُ جَائِزٌ وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ.

الشرح:

وَلَوْ شَرَطَ الْوَاقِفُ أَنْ يَسْتَبْدِلَ بِهِ أَرْضًا أُخْرَى إِذَا شَاءَ ذَلِكَ جَازَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ كَمَا هُوَ مَذْهُبُهُ فِي التَّوَسُّعِ فِي الْوَقْفِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ الْوَقْفُ جَائِزٌ وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ لِأَنَّ هَذَا الشَّرْطَ لَا يُؤَثِّرُ فِي الْمَنْعِ مِنْ زَوَالِهِ، وَالْوَقْتُ يَتِمُّ بِذَلِكَ وَلَا يَنْعَدُّ بِهِ مَعْنَى التَّأْيِيدِ فِي أَصْلِ الْوَقْفِ، فَيَتِمُّ الْوَقْفُ بِشُرُوطِهِ وَيَبْقَى الْاسْتِبْدَالُ شَرْطًا فَاسِدًا فَيَكُونُ بَاطِلًا فِي نَفْسِهِ كَالْمَسْجِدِ إِذَا شَرِطَ الْاسْتِبْدَالُ بِهِ أَوْ شَرِطَ أَنْ يُصَلِّيَ فِيهِ قَوْمٌ دُونَ قَوْمٍ فَالشَّرْطُ بَاطِلٌ وَإِتِّخَاذُ الْمَسْجِدِ صَحِيحٌ فَهَذَا مِثْلُهُ.

وَلَوْ شَرَطَ الْخِيَارَ لِنَفْسِهِ فِي الْوَقْفِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ جَازَ الْوَقْفُ وَالشَّرْطُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ الْوَقْفُ بَاطِلٌ، وَهَذَا بِنَاءً عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ.

الشرح:

وَلَوْ شَرَطَ الْوَاقِفُ الْخِيَارَ لِنَفْسِهِ فِي الْوَقْفِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ جَازَ الْوَقْفُ، وَالْخِيَارُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ بِنَاءً عَلَى التَّوَسُّعِ كَمَا مَرَّ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ الْوَقْفُ بَاطِلٌ، وَإِنَّمَا قِيدَ بِقَوْلِهِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ لِتَكُونَ مُدَّةَ الْخِيَارِ مَعْلُومَةً، حَتَّى لَوْ كَانَتْ مَجْهُولَةً لَا يَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ أَيْضًا قَوْلُهُ (وَهَذَا) أَيُّ الْخِلَافِ (بِنَاءً عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ) إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ جَعْلَ غَلَّةٍ الْوَقْفَ لِنَفْسِهِ جَائِزٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ؛ فَإِنَّهُ لَمَّا جَازَ أَنْ يَسْتَشْنِيَ الْوَاقِفُ الْغَلَّةَ لِنَفْسِهِ مَا دَامَ

حَيًّا فَكَذَلِكَ يَجُوزُ اشْتِرَاطُ الْخِيَارِ لِنَفْسِهِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ لِيُرَوَّى النَّظَرُ فِيهِ. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَمَّا لَمْ يَجْزُ ذَلِكَ لَمْ يَجْزُ اشْتِرَاطُ الْخِيَارِ لِنَفْسِهِ أَيْضًا، وَبِهَذَا الْبِنَاءِ صَرَّحَ فِي الْمَسْئُوطِ. ثُمَّ لَمَّا لَمْ يَصِحَّ الْوَقْفُ بِشَرْطِ الْخِيَارِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ لَمْ يَنْقَلِبِ الْوَقْفُ جَائِزًا بِإِبْطَالِ الْخِيَارِ بَعْدَ ذَلِكَ لِأَنَّ الْوَقْفَ لَا يَجُوزُ إِلَّا مُؤَبَّدًا وَشَرْطُ الْخِيَارِ يَمْنَعُ التَّأْيِيدَ فَكَانَ شَرْطُ الْخِيَارِ شَرْطًا فَاسِدًا فِي نَفْسِ الْعَقْدِ فَكَانَ الْمُفْسِدُ قَوِيًّا.

وَأَمَّا فَصْلُ الْوِلَايَةِ فَقَدْ نَصَّ فِيهِ عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ، وَهُوَ قَوْلُ هِلَالٍ أَيْضًا وَهُوَ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ. وَذَكَرَ هِلَالٌ فِي وَفْقِهِ وَقَالَ أَقْوَامٌ: إِنْ شَرَطَ الْوَاقِفُ الْوِلَايَةَ لِنَفْسِهِ كَانَتْ لَهُ وَِلَايَةٌ، وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ لَمْ تَكُنْ لَهُ وَِلَايَةٌ. قَالَ مَشَايخُنَا: الْأَشْبَهُ أَنْ يَكُونَ هَذَا قَوْلُ مُحَمَّدٍ، لِأَنَّ مِنْ أَصْلِهِ أَنْ التَّسْلِيمَ إِلَى الْقِيَمِ شَرْطٌ لَصِحَّةِ الْوَقْفِ، فَإِذَا سَلِمَ لَمْ يَبْقَ لَهُ وَِلَايَةٌ فِيهِ. وَلِنَّا أَنْ الْمُتَوَلَّى إِثْمًا يَسْتَفِيدُ الْوِلَايَةَ مِنْ جِهَتِهِ بِشَرْطِهِ فَيَسْتَحِيلُ أَنْ لَا يَكُونَ لَهُ الْوِلَايَةُ وَغَيْرُهُ يَسْتَفِيدُ الْوِلَايَةَ مِنْهُ، وَلِأَنَّهُ أَقْرَبُ النَّاسِ إِلَى هَذَا الْوَقْفِ فَيَكُونُ أَوْلَى بِوِلَايَتِهِ، كَمَنْ اتَّخَذَ مَسْجِدًا يَكُونُ أَوْلَى بِعِمَارَتِهِ وَنَصَبِ الْمُؤَذِّنِ فِيهِ، وَكَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا كَانَ الْوَلَاءُ لَهُ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ النَّاسِ إِلَيْهِ. وَلَوْ أَنَّ الْوَاقِفَ شَرَطَ وَِلَايَتَهُ لِنَفْسِهِ وَكَانَ الْوَاقِفُ غَيْرَ مَأْمُونٍ عَلَى الْوَقْفِ فَلِلْقَاضِي أَنْ يَنْزِعَهَا مِنْ يَدِهِ نَظَرًا لِلْفُقَرَاءِ، كَمَا لَهُ أَنْ يُخْرِجَ الْوَصِيَّ نَظَرًا لِلصِّغَارِ، وَكَذَا إِذَا شَرَطَ أَنْ لَيْسَ لِلسُّلْطَانِ وَلَا لِقَاضٍ أَنْ يُخْرِجَهَا مِنْ يَدِهِ وَيُؤَلِّيَهَا غَيْرَهُ لِأَنَّهُ شَرَطَ مُخَالَفَ لِحُكْمِ الشَّرْعِ فَبُطِلَ

الشرح:

(قَوْلُهُ وَأَمَّا فَصْلُ الْوِلَايَةِ فَقَدْ نَصَّ فِيهِ) أَيُّ فَقَدْ نَصَّ الْقُدُورِيُّ فِي فَصْلِ الْوِلَايَةِ بِالْجَوَازِ عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ بِقَوْلِهِ وَإِذَا جَعَلَ الْوَاقِفُ إِلَى قَوْلِهِ جَارَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَهُوَ قَوْلُ هِلَالٍ أَيْضًا، وَهُوَ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ، وَذَكَرَ هِلَالٌ فِي وَفْقِهِ، وَقَالَ أَقْوَامٌ: إِنْ شَرَطَ الْوَاقِفُ الْوِلَايَةَ لِنَفْسِهِ كَانَتْ لَهُ، وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ لَمْ تَكُنْ لَهُ وَِلَايَةٌ، وَهَذَا بِظَاهِرِهِ لَا يَسْتَقِيمُ عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ لِأَنَّ لَهُ الْوِلَايَةَ شَرْطٌ أَوْ سَكَتَ، وَلَا عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ إِلَى الْمُتَوَلَّى شَرْطٌ صِحَّةِ الْوَقْفِ فَكَيْفَ يَصِحُّ أَنْ يَشْتَرِطَ الْوَاقِفُ الْوِلَايَةَ لِنَفْسِهِ وَهُوَ يَمْنَعُ التَّسْلِيمَ إِلَى الْمُتَوَلَّى، فَلِهَذَا أَوَّلُهُ بَعْضُ مَشَايخِنَا وَقَالُوا: الْأَشْبَهُ أَنْ يَكُونَ هَذَا قَوْلُ مُحَمَّدٍ لِأَنَّ مِنْ أَصْلِهِ أَنْ التَّسْلِيمَ إلَى الْحُ، وَمَعْنَاهُ إِذَا سَلَّمَهُ إِلَى الْمُتَوَلَّى وَقَدْ شَرَطَ

الْوَلَايَةِ لِنَفْسِهِ حِينَ وَقَفَهُ كَانَ لَهُ الْوَلَايَةُ بَعْدَمَا سَلِمَهُ إِلَى الْمُتَوَلَّى، وَالذَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ مَا ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ فِي السَّيْرِ إِذَا وَقَفَ ضَيْعَةً وَأَخْرَجَهَا إِلَى الْقِيَمِ لَا تَكُونُ لَهُ الْوَلَايَةُ بَعْدَ ذَلِكَ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْوَلَايَةَ لِنَفْسِهِ، وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَشْتَرِطْ فِي ابْتِدَاءِ الْوَقْفِ فَلَيْسَ لَهُ وَلايَةٌ بَعْدَ التَّسْلِيمِ. قَالَ قَاضِي خَانَ: وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ بِنَاءً عَلَى أَنَّ عِنْدَ مُحَمَّدٍ التَّسْلِيمُ إِلَى الْمُتَوَلَّى شَرْطٌ لَصِحَّةِ الْوَقْفِ فَلَا تَبْقَى لَهُ وَلايَةٌ بَعْدَ التَّسْلِيمِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْوَلَايَةَ لِنَفْسِهِ، أَمَّا عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ فَالتَّسْلِيمُ إِلَى الْمُتَوَلَّى لَيْسَ بِشَرْطٍ فَكَانَتْ الْوَلَايَةُ لِلْوَاقِفِ وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطَ الْوَلَايَةَ لِنَفْسِهِ. وَقَوْلُهُ (وَلَنَا أَنَّ الْمُتَوَلَّى إِنَّمَا يَسْتَفِيدُ الْوَلَايَةَ مِنْ جِهَتِهِ) اسْتِدْلَالٌ لِأَبِي يُوسُفَ، وَعَبَّرَ عَنْهُ بِقَوْلِهِ: " وَلَنَا " إِشَارَةً إِلَى أَنَّهُ الْمُخْتَارُ، وَكَلَامُهُ الْبَاقِي ظَاهِرٌ لَا يَحْتَاجُ إِلَى شَرْحٍ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

فصل

(وَإِذَا بَنَى مَسْجِدًا لَمْ يَزَلْ مِلْكُهُ عَنْهُ حَتَّى يَفْرِزَهُ عَنْ مِلْكِهِ بِطَرِيقِهِ وَيَأْذَنَ لِلنَّاسِ بِالصَّلَاةِ فِيهِ، فَإِذَا صَلَّى فِيهِ وَاحِدٌ زَالَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ عَنْ مِلْكِهِ) أَمَّا الْإِفْرَازُ فَلَأَنَّهُ لَا يَخْلُصُ لِلَّهِ تَعَالَى إِلَّا بِهِ، وَأَمَّا الصَّلَاةُ فِيهِ فَلَأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ التَّسْلِيمِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَيَشْتَرِطُ تَسْلِيمُ نَوْعِهِ، وَذَلِكَ فِي الْمَسْجِدِ بِالصَّلَاةِ فِيهِ، أَوْ لَأَنَّهُ لَمَّا تَعَذَّرَ الْقَبْضُ فَقَامَ تَحَقُّقُ الْمَقْصُودِ مَقَامَهُ ثُمَّ يَكْتَفَى بِصَلَاةِ الْوَاحِدِ فِيهِ فِي رِوَايَةٍ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، وَكَذَا عَنْ مُحَمَّدٍ؛ لِأَنَّ فِعْلَ الْجِنْسِ مُتَعَذِّرٌ فَيُشْتَرِطُ أَدْنَاهُ.

وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يُشْتَرِطُ الصَّلَاةُ بِالْجَمَاعَةِ؛ لِأَنَّ الْمَسْجِدَ بُنِيَ لِذَلِكَ فِي الْغَالِبِ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَزُولُ مِلْكُهُ بِقَوْلِهِ جَعَلْتَهُ مَسْجِدًا) لِأَنَّ التَّسْلِيمَ عِنْدَهُ لَيْسَ بِشَرْطٍ؛ لَأَنَّهُ إِسْقَاطُ مِلْكِ الْعَبْدِ فَيَصِيرُ خَالصًا لِلَّهِ تَعَالَى بِسُقُوطِ حَقِّ الْعَبْدِ وَصَارَ كَالْإِعْتَاقِ، وَقَدْ بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ.

الشرح:

(فصل): فَصَلَ أَحْكَامَ الْمَسْجِدِ عَمَّا قَبْلَهُ فِي فَصْلِ عَلَى حِدَةٍ لِمُخَالَفَةِ أَحْكَامِهِ لَمَّا قَبْلَهُ فِي عَدَمِ اشْتِرَاطِ التَّسْلِيمِ إِلَى الْمُتَوَلَّى عِنْدَ مُحَمَّدٍ وَمَنْعِ الشُّيُوعِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، وَخُرُوجِهِ عَنِ مِلْكِ الْوَاقِفِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَإِنْ لَمْ يَحْكَمْ بِهِ الْحَاكِمُ فَرَّقَ أَبُو حَنِيفَةَ بَيْنَ الْوَقْفِ وَالْمَسْجِدِ، فَإِنَّ الْوَقْفَ إِذَا لَمْ يَحْكَمْ بِهِ حَاكِمٌ وَلَمْ يَكُنْ مُوصًى بِهِ وَلَا مُضَافًا إِلَى

مَا بَعْدَ الْمَوْتِ كَانَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِيهِ، وَأَمَّا الْمَسْجِدُ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِيهِ وَلَا يَبِيعُهُ، وَلَا يُورَثُ عَنْهُ لِأَنَّ الْوَقْفَ اجْتَمَعَ فِيهِ مَعْنَيَانِ: الْحَبْسُ، وَالصَّدَقَةُ، فَإِذَا قَالَ وَقَفْتُ فَكَأَنَّهُ قَالَ حَبَسْتُ الْعَيْنَ عَلَى مِلْكِي وَتَصَدَّقْتُ بِالْعَلَّةِ، وَلَوْ صَرَّحَ بِذَلِكَ لَا يَصِحُّ مَا لَمْ يُوصَ بِهِ لِأَنَّ التَّصَدُّقَ بِالْعَلَّةِ الْمَعْدُومَةِ لَا يَصِحُّ، فَإِذَا أَوْصَى بِهِ أَوْ أَضَافَهُ إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ كَانَ لَازِمًا بَعْدَ مَوْتِهِ، وَأَمَّا إِذَا قَالَ جَعَلْتُ أَرْضِي مَسْجِدًا فَلَيْسَ فِيهِ مَا يُوجِبُ الْبَقَاءَ عَلَى مِلْكِهِ، فَلَوْ أَرَاَهُ اللَّهُ تَعَالَى لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ كَمَا لَوْ أَرَاَهُ بِالْإِعْتِقَاقِ، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ.

وَقَوْلُهُ (وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ الصَّلَاةُ فِيهِ بِالْجَمَاعَةِ) وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَيْضًا، وَيُشْتَرَطُ مَعَ ذَلِكَ أَنْ تَكُونَ الصَّلَاةُ جَهْرِيَّةً بِأَذَانٍ وَإِقَامَةٍ، حَتَّى لَوْ صَلَّى جَمَاعَةٌ بِغَيْرِ أَذَانٍ وَإِقَامَةٍ سِرًّا لَا يَصِيرُ مَسْجِدًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، فَإِنْ أَذَّنَ رَجُلٌ وَاحِدٌ وَأَقَامَ وَصَلَّى وَحْدَهُ صَارَ مَسْجِدًا بِالِاتِّفَاقِ لِأَنَّ صَلَاتَهُ عَلَى هَذَا الْوَصْفِ كَالْجَمَاعَةِ. وَقَوْلُهُ (وَقَدْ بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ) إِشَارَةً إِلَى مَا قَالَ عِنْدَ قَوْلِهِ وَلَا يُتِمُّ الْوَقْفُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ بِقَوْلِهِ لُهُمَا أَنَّ مُوجِبَ الْوَقْفِ زَوَالُ الْمَلِكِ بِدُونِ التَّمْلِيكِ وَأَنَّهُ يَتَأَبَّدُ كَالْعِنَقِ، وَالسَّرْدَابُ بِكُسْرِ السِّينِ مُعَرَّبٌ سِرْدَابَةٌ. وَهُوَ بَيْتٌ يَتَّخِذُ تَحْتَ الْأَرْضِ لِلتَّبْرِيدِ.

قَالَ: وَمَنْ جَعَلَ مَسْجِدًا تَحْتَهُ سِرْدَابٌ أَوْ فَوْقَهُ بَيْتٌ وَجَعَلَ بَابَ الْمَسْجِدِ إِلَى الطَّرِيقِ، وَعَزَلَهُ عَنِ مِلْكِهِ فَلَهُ أَنْ يَبِيعَهُ، وَإِنْ مَاتَ يُورَثُ عَنْهُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَخْلُصَ لِلَّهِ تَعَالَى لِبَقَاءِ حَقِّ الْعَبْدِ مُتَعَلِّقًا بِهِ، وَكَوْنِ السَّرْدَابِ لِمَصَالِحِ الْمَسْجِدِ جَازَ كَمَا فِي مَسْجِدِ بَيْتِ الْمَقْدِسِ. وَرَوَى الْحَسَنُ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ: إِذَا جَعَلَ السُّفْلَ مَسْجِدًا وَعَلَى ظَهْرِهِ مَسْكَنٌ فَهُوَ مَسْجِدٌ؛ لِأَنَّ الْمَسْجِدَ مِمَّا يَتَأَبَّدُ، وَذَلِكَ يَتَحَقَّقُ فِي السُّفْلِ دُونَ الْعُلُوِّ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ عَلَى عَكْسِ هَذَا؛ لِأَنَّ الْمَسْجِدَ مُعْظَمٌ، وَإِذَا كَانَ فَوْقَهُ مَسْكَنٌ أَوْ مُسْتَعْلٌ يَتَعَدَّرُ تَعْظِيمُهُ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ جَوَّزَ فِي الْوَجْهَيْنِ حِينَ قَدِمَ بَغْدَادَ وَرَأَى ضَيْقَ الْمَنَازِلِ فَكَأَنَّهُ اعْتَبَرَ الضَّرُورَةَ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ حِينَ دَخَلَ الرَّيَّ أَجَازَ ذَلِكَ كُلَّهُ لَمَّا قُلْنَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَلَهُ أَنْ يَبِيعَهُ) أَيُّ لَا يَكُونُ مَسْجِدًا وَهُوَ ظَاهِرُ الرُّوَايَةِ، لِأَنَّ الْمَسْجِدَ مَا يَكُونُ خَالصًا لَهُ تَعَالَى، قَالَ تَعَالَى ﴿وَأَنَّ أَلْمَسْجِدَ لِلَّهِ﴾ [الجن: ١٨] أَضَافَ الْمَسَاجِدَ إِلَى ذَاتِهِ مَعَ أَنَّ جَمِيعَ الْأَمَاكِنِ لَهُ، فَاقْتَضَى ذَلِكَ خُلُوصَ الْمَسَاجِدِ لِلَّهِ تَعَالَى، وَمَعَ بَقَاءِ

حَقَّ الْعِبَادِ فِي أَسْفَلِهِ أَوْ فِي أَعْلَاهُ لَا يَتَحَقَّقُ الْخُلُوصُ (قَوْلُهُ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ جَوَّزَ فِي الْوَجْهَيْنِ) يَعْنِي فِيمَا إِذَا كَانَ تَحْتَهُ سِرْدَابٌ أَوْ فَوْقَهُ بَيْتٌ.

وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ أَجَازَ ذَلِكَ كُلَّهُ: أَيُّ مَا تَحْتَهُ سِرْدَابٌ وَفَوْقَهُ بَيْتٌ مُسْتَعْلٍ أَوْ ذَكَائِينَ، وَإِنَّمَا ذَكَرَ قَوْلَ مُحَمَّدٍ بِهَذَا الطَّرِيقِ وَلَمْ يَقُلْ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ مَعَ أَنَّ هَذَيْنِ الْقَوْلَيْنِ مِنْهُمَا فِي الْحُكْمِ سَوَاءٌ لِيَتَهَيَّأَ لَهُ مَا ذُكِرَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ دُخُولٍ مَخْصُوصٍ فِي مِصْرٍ مَخْصُوصٍ، وَلِأَنَّهُ ذَكَرَ زِيَادَةَ التَّعْمِيمِ بِلَفْظِ الْكُلِّ فِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ، وَقَوْلُهُ لَمَّا قُلْنَا يَعْنِي مِنَ الضَّرُورَةِ.

قَالَ (وَكَذَلِكَ إِنْ اتَّخَذَ وَسَطَ دَارِهِ مَسْجِدًا وَأَذِنَ لِلنَّاسِ بِالْدُخُولِ فِيهِ) يَعْنِي لَهُ أَنْ يَبِيعَهُ وَيُورِثُ عَنْهُ؛ لِأَنَّ الْمَسْجِدَ مَا لَا يَكُونُ لِأَحَدٍ فِيهِ حَقُّ الْمَنْعِ، وَإِذَا كَانَ مِلْكُهُ مُحِيطًا بِجَوَانِبِهِ كَانَ لَهُ حَقُّ الْمَنْعِ فَلَمْ يَصِرْ مَسْجِدًا، وَلِأَنَّهُ أَبْقَى الطَّرِيقَ لِنَفْسِهِ فَلَمْ يَخْلُصْ لِلَّهِ تَعَالَى (وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ لَا بَيْعَ وَلَا يُورِثُ وَلَا يُوهَبُ) اعْتَبَرَهُ مَسْجِدًا، وَهَكَذَا عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَصِيرُ مَسْجِدًا؛ لِأَنَّهُ لَمَّا رَضِيَ بِكَوْنِهِ مَسْجِدًا وَلَا يَصِيرُ مَسْجِدًا إِلَّا بِالطَّرِيقِ دَخَلَ فِيهِ الطَّرِيقُ وَصَارَ مُسْتَحَقًّا كَمَا يَدْخُلُ فِي الْإِجَارَةِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ.

الشرح:

قَالَ (وَكَذَلِكَ إِنْ اتَّخَذَ وَسَطَ دَارِهِ مَسْجِدًا) وَسَطَ بِالسُّكُونِ لِأَنَّهُ اسْمٌ مِنْهُمْ لِذَاخِلِ صَحْنِ الدَّارِ لَا لَشَيْءٍ مُعَيَّنٍ بَيْنَ طَرَفَيْ الصَّحْنِ وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَلِأَنَّهُ أَبْقَى الطَّرِيقَ لِنَفْسِهِ) فَلَمْ يَخْلُصْ لِلَّهِ تَعَالَى، حَتَّى لَوْ عُزِلَ بَابُهُ إِلَى الطَّرِيقِ الْأَعْظَمِ صَارَ مَسْجِدًا.

قَالَ (وَمَنْ اتَّخَذَ أَرْضَهُ مَسْجِدًا لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِيهِ وَلَا يَبِيعَهُ وَلَا يُورِثُ عَنْهُ) لِأَنَّهُ تَجَرَّدَ عَنْ حَقِّ الْعِبَادِ وَصَارَ خَالِصًا لِلَّهِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْأَشْيَاءَ كُلَّهَا لِلَّهِ تَعَالَى، وَإِذَا أَسْقَطَ الْعَبْدَ مَا ثَبَتَ لَهُ مِنَ الْحَقِّ رَجَعَ إِلَى أَصْلِهِ فَانْقَطَعَ تَصَرُّفُهُ عَنْهُ كَمَا فِي الْإِعْتَاقِ.

وَلَوْ خَرِبَ مَا حَوْلَ الْمَسْجِدِ وَاسْتَغْنِيَ عَنْهُ بَيَقَى مَسْجِدًا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ مِنْهُ فَلَا يَعُودُ إِلَى مِلْكِهِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَعُودُ إِلَى مِلْكِ الْبَائِي، أَوْ إِلَى وَارِثِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ؛ لِأَنَّهُ عَيْنُهُ لِنَوْعِ قُرْبَتِهِ، وَقَدْ انْقَطَعَتْ فَصَارَ كَحَصِيرِ الْمَسْجِدِ وَحَشِيْشِهِ إِذَا اسْتَغْنِيَ عَنْهُ، إِلَّا أَنَّ أَبَا يُوسُفَ يَقُولُ فِي الْحَصِيرِ وَالْحَشِيْشِ إِنَّهُ يُنْقَلُ إِلَى مَسْجِدٍ آخَرَ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَلَوْ خَرَبَ مَا حَوْلَ الْمَسْجِدِ وَاسْتُغْنِيَ عَنْهُ) عَلَى بِنَاءِ الْمَفْعُولِ (يُتَقَى) مَسْجِدًا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ إِلَى أَنْ قَالَ: وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَعُودُ إِلَى مَلِكِ الْهَانِي. قَالَ فِي النَّهَائَةِ: وَفِي الْحَقِيقَةِ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مَبْنِيَّةٌ عَلَى مَا يَتَنَاهَا، فَإِنَّ أَبَا يُوسُفَ لَا يَشْتَرِطُ فِي الْإِبْتِدَاءِ إِقَامَةَ الصَّلَاةِ فِيهِ لِيَصِيرَ مَسْجِدًا فَكَذَلِكَ فِي الْإِنْتِهَاءِ، وَإِنْ تَرَكَ النَّاسُ الصَّلَاةَ فِيهِ لَا يَخْرُجُ مِنْ أَنْ يَكُونَ مَسْجِدًا وَمُحَمَّدٌ يَشْتَرِطُ فِي الْإِبْتِدَاءِ إِقَامَةَ الصَّلَاةِ فِيهِ بِالْجَمَاعَةِ لِيَصِيرَ مَسْجِدًا فَكَذَلِكَ فِي الْإِنْتِهَاءِ، وَإِذَا تَرَكَ النَّاسُ الصَّلَاةَ فِيهِ بِالْجَمَاعَةِ يَخْرُجُ مِنْ أَنْ يَكُونَ مَسْجِدًا. وَحُكِيَ أَنَّ مُحَمَّدًا مَرَّ بِمَزْبَلَةٍ فَقَالَ: هَذَا مَسْجِدُ أَبِي يُوسُفَ، يُرِيدُ بِهِ أَنَّهُ لَمَّا لَمْ يَقُلْ بِعَوْدِهِ إِلَى مَلِكِ الْهَانِي يَصِيرُ مَزْبَلَةً عِنْدَ تَطَاوُلِ الْمُدَّةِ، وَمَرَّ أَبُو يُوسُفَ بِإِصْطَبْلٍ فَقَالَ: هَذَا مَسْجِدُ مُحَمَّدٍ: يَعْنِي أَنَّهُ لَمَّا قَالَ يَعُودُ مَلِكًا فَرَبَّمَا يَجْعَلُهُ الْمَالِكُ إِصْطَبْلًا بَعْدَ أَنْ كَانَ مَسْجِدًا، فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا اسْتَبْعَدَ مَذْهَبَ صَاحِبِهِ لَمَّا أَشَارَ إِلَيْهِ.

اسْتَدَلَّ أَبُو يُوسُفَ بِأَنَّهُ سَقَطَ مِلْكُهُ فِي ذَلِكَ الْمَقْدَارِ فَلَا يَعُودُ إِلَى مِلْكِهِ وَاسْتَظْهَرَ بِالْكَعْبَةِ، فَإِنَّ فِي زَمَانِ الْفَتْرَةِ قَدْ كَانَ حَوْلَ الْكَعْبَةِ عَبْدُهُ الْأَصْنَامِ، ثُمَّ لَمْ يَخْرُجْ مَوْضِعُ الْكَعْبَةِ بِهِ عَنْ أَنْ يَكُونَ مَوْضِعًا لِلطَّاعَةِ وَالْقُرْبَةِ خَالصًا لِلَّهِ تَعَالَى، فَكَذَلِكَ فِي سَائِرِ الْمَسَاجِدِ. وَمُحَمَّدٌ يَقُولُ: عَيْنَ هَذَا الْجُزْءِ مِنْ مِلْكِهِ مَصْرُوفًا إِلَى قُرْبَةٍ بَعْثِنَهَا، فَإِذَا انْقَطَعَ ذَلِكَ عَادَ إِلَى مِلْكِهِ أَوْ مِلْكِ وَارِثِهِ وَصَارَ كَحَشِيشِ الْمَسْجِدِ وَحَصِيرِهِ إِذَا أُسْتُغْنِيَ عَنْهُ. إِلَّا أَنَّ أَبَا يُوسُفَ يَقُولُ فِي الْحَصِيرِ وَالْحَشِيشِ يَنْقَلُ إِلَى مَسْجِدٍ آخَرَ.

قَالَ (وَمَنْ بَنَى سِقَايَةً لِلْمُسْلِمِينَ أَوْ خَانًا يَسْكُنُهُ بَنُو السَّبِيلِ أَوْ رِبَاطًا أَوْ جَعَلَ أَرْضَهُ مَقْبَرَةً لَمْ يَزَلْ مِلْكُهُ عَنْ ذَلِكَ حَتَّى يَحْكُمَ بِهِ الْحَاكِمُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ)؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَنْقَطِعْ عَنْ حَقِّ الْعَبْدِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ لَهُ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهِ فَيَسْكُنَ فِي الْخَانِ وَيَنْزِلَ فِي الرِّبَاطِ وَيَشْرَبَ مِنَ السَّقَايَةِ، وَيُدْفَنَ فِي الْمَقْبَرَةِ فَيُشْتَرِطُ حُكْمُ الْحَاكِمِ أَوْ الْإِضَافَةُ إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ كَمَا فِي الْوَقْفِ عَلَى الْفُقَرَاءِ، بِخِلَافِ الْمَسْجِدِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ لَهُ حَقُّ الْإِنْتِفَاعِ بِهِ فَخَلَصَ لِلَّهِ تَعَالَى مِنْ غَيْرِ حُكْمِ الْحَاكِمِ (وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يَزُولُ مِلْكُهُ بِالْقَوْلِ) كَمَا هُوَ أَصْلُهُ، إِذَا التَّسْلِيمُ عِنْدَهُ لَيْسَ بِشَرْطٍ وَالْوَقْفُ لَازِمٌ. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ إِذَا اسْتَقَى النَّاسُ مِنَ السَّقَايَةِ وَسَكَنُوا الْخَانَ وَالرِّبَاطَ وَدَفِنُوا فِي الْمَقْبَرَةِ زَالَ الْمِلْكُ؛ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ عِنْدَهُ شَرْطٌ وَالشَّرْطُ

تَسْلِيمُ نَوْعِهِ، وَذَلِكَ بِمَا ذَكَرْنَاهُ.

وَيُكْتَفَى بِالوَاحِدِ لَتَعْدُرَ فِعْلُ الْجِنْسِ كُلِّهِ، وَعَلَى هَذَا الْبُئْرُ الْمُؤَوَّقَةُ وَالْحَوْضُ، وَلَوْ سَلَّمَ إِلَى الْمُتَوَلَّى صَحَّ التَّسْلِيمُ فِي هَذِهِ الْوُجُوهِ كُلِّهَا؛ لِأَنَّهُ ذَائِبٌ عَنِ الْمُؤَوَّقِ عَلَيْهِ، وَفِعْلُ النَّائِبِ كَفِعْلِ الْمُتَوَلَّى عَنْهُ، وَأَمَّا فِي الْمَسْجِدِ فَقَدْ قِيلَ لَا يَكُونُ تَسْلِيمًا؛ لِأَنَّهُ لَا تَدْبِيرَ لِلْمُتَوَلَّى فِيهِ، وَقِيلَ يَكُونُ تَسْلِيمًا؛ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى مَنْ يَكْتُسُهُ وَيُغْلِقُ بَابَهُ، فَإِذَا سَلَّمَ إِلَيْهِ صَحَّ التَّسْلِيمُ، وَالْمَقْبَرَةُ فِي هَذَا بِمَنْزِلَةِ الْمَسْجِدِ عَلَى مَا قِيلَ؛ لِأَنَّهُ لَا مُتَوَلَّى لَهُ عُرْفًا.

وقِيلَ هِيَ بِمَنْزِلَةِ السَّقَايَةِ وَالْخَانَ فَيَصِحُّ التَّسْلِيمُ إِلَى الْمُتَوَلَّى؛ لِأَنَّهُ لَوْ نُصَّبَ الْمُتَوَلَّى يَصِحُّ، وَإِنْ كَانَ بِخِلَافِ الْعَادَةِ، وَلَوْ جَعَلَ دَارًا لَهُ بِمَكَّةَ سَكْنَى لِحَاجِّ بَيْتِ اللَّهِ وَالْمُعْتَمِرِينَ، أَوْ جَعَلَ دَارِهِ فِي غَيْرِ مَكَّةَ سَكْنَى لِلْمَسَاكِينِ، أَوْ جَعَلَهَا فِي ثَغْرِ مِنَ الثُّغُورِ سَكْنَى لِلْفُرَاةِ وَالْمُرَابِطِينَ. أَوْ جَعَلَ غَلَّةَ أَرْضِهِ لِلْفُرَاةِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ تَعَالَى وَدَفَعَ ذَلِكَ إِلَى وَالٍ يَقُومُ عَلَيْهِ فَهُوَ جَائِزٌ، وَلَا رُجُوعَ فِيهِ لِمَا بَيْنَنَا إِلَّا أَنْ فِي الْغَلَّةِ تَحِلُّ لِلْفُقَرَاءِ دُونَ الْأَغْنِيَاءِ، وَفِيمَا سِوَاهُ مِنْ سَكْنَى الْخَانَ وَالْإِسْتِقَاءِ مِنَ الْبُئْرِ وَالسَّقَايَةِ وَغَيْرِ ذَلِكَ يَسْتَوِي فِيهِ الْغَنِيُّ وَالْفَقِيرُ، وَالْفَارِقُ هُوَ الْعُرْفُ فِي الْفَصْلَيْنِ. فَإِنَّ أَهْلَ الْعُرْفِ يُرِيدُونَ بِذَلِكَ فِي الْغَلَّةِ الْفُقَرَاءَ، وَفِي غَيْرِهَا التَّسْوِيَةَ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ، وَلِأَنَّ الْحَاجَّةَ تَشْمَلُ الْغَنِيَّ وَالْفَقِيرَ فِي الشُّرْبِ وَالنُّزُولِ. وَالْغَنِيُّ لَا يَحْتَاجُ إِلَى صَرْفِ هَذَا الْغَلَّةِ لِفَنَائِهِ، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ بَنَى سَقَايَةً أَوْ خَائًا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الْمَسْجِدِ) يَعْنِي أَنَّ حُكْمَ الْحَاكِمِ وَالْإِضَافَةَ إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ لَيْسَا بِشَرْطٍ فِي الْمَسْجِدِ. وَقَوْلُهُ (وَذَلِكَ بِمَا ذَكَرْنَاهُ) يَعْنِي أَنَّ التَّسْلِيمَ يَحْصُلُ بِالْإِسْتِقَاءِ وَالسُّكْنَى وَالنُّزُولِ وَالِدَّفْنِ فِي السَّقَايَةِ وَالْخَانَ وَالرِّبَاطِ وَالْمَقْبَرَةِ وَقَوْلُهُ (فِي هَذِهِ الْوُجُوهِ) أَيُّ فِي السَّقَايَةِ وَالْخَانَ وَالرِّبَاطِ وَالْمَقْبَرَةِ. وَقَوْلُهُ (وَيُكْتَفَى بِالوَاحِدِ) ظَاهِرٌ، وَقَوْلُهُ (سَكْنَى الْحَاجِّ يَنْتُ اللَّهُ تَعَالَى) الْحَاجُّ اسْمٌ جَمْعٌ بِمَعْنَى الْحُجَّاجِ كَالسَّامِرِ بِمَعْنَى السُّمَّارِ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿سَمِيرًا تَهْجُرُونَ﴾ [المؤمنون: ٦٧] وَالثَّغَرُ مَوْضِعُ الْمَخَافَةِ مِنْ فُرُوجِ الْبُلْدَانِ، وَيُقَالُ رَابِطُ الْجَيْشِ: أَقَامَ فِي الثَّغَرِ بِإِزَاءِ الْعَدُوِّ مُرَابِطَةً وَرِبَاطًا، وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ.

كِتَابُ الْبُيُوعِ

قَالَ (الْبَيْعُ يَنْعَقِدُ بِالْإِجَابِ وَالْقَبُولِ إِذَا كَانَ بِلَفْظِي الْمَاضِي) مِثْلُ أَنْ يَقُولَ أَحَدُهُمَا بَعْتُ وَالْآخَرُ اشْتَرَيْتُ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ إِنِشَاءٌ تَصَرُّفٌ، وَالْإِنْشَاءُ يُعْرَفُ بِالشَّرْعِ وَالْمَوْضُوعِ لِلْإِخْبَارِ قَدْ اسْتَعْمِلَ فِيهِ فَيَنْعَقِدُ بِهِ. وَلَا يَنْعَقِدُ بِلَفْظَيْنِ أَحَدُهُمَا لَفْظُ الْمُسْتَقْبَلِ وَالْآخَرُ لَفْظُ الْمَاضِي، بِخِلَافِ النِّكَاحِ، وَقَدْ مَرَّ الْفَرْقُ هُنَاكَ. وَقَوْلُهُ رَضِيتُ بِكَذَا أَوْ أَعْطَيْتُكَ بِكَذَا أَوْ خَذَهُ بِكَذَا فِي مَعْنَى قَوْلِهِ بَعْتُ وَاشْتَرَيْتُ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي مَعْنَاهُ، وَالْمَعْنَى هُوَ الْمَعْتَبَرُ فِي هَذِهِ الْعُقُودِ، وَلِهَذَا يَنْعَقِدُ بِالتَّعَاطِي فِي النِّفَيسِ وَالْخَسِيسِ هُوَ الصَّحِيحُ لِتَحَقُّقِ الْمُرَاضَاةِ.

الشرح:

(كِتَابُ الْبُيُوعِ): لَمَّا فَرَّغَ مِنْ ذِكْرِ أَنْوَاعِ حُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى وَذَكَرَ بَعْضَ حُقُوقِ الْعِبَادِ شَرَعَ فِي بَيَانِ مَا بَقِيَ مِنْهَا، وَذَكَرَ الْبُيُوعَ بَعْدَ الْوَقْفِ لِأَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا مُزِيلٌ لِلْمِلْكِ وَالْبَيْعُ فِي اللُّغَةِ تَمْلِكُ الْمَالِ بِالْمَالِ، وَزَيْدٌ عَلَيْهِ فِي الشَّرْعِ قِيلٌ: هُوَ مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ بِالتَّرَاضِي بِطَرِيقِ الْاِكْتِسَابِ.

وَهُوَ مِنَ الْأَضْدَادِ لُغَةً. وَأَصْطِلَاحًا يُقَالُ: بَاعَ الشَّيْءَ إِذَا شَرَاهُ، وَيُقَالُ بَاعَهُ الشَّيْءَ وَبَاعَ مِنْهُ، وَلَا شَتْمَالَهُ عَلَى الْأَنْوَاعِ الْآتِي ذِكْرُهَا جَمْعُهُ، وَجَوَازُهُ ثَابِتٌ بِالْكِتَابِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة ٢٧٥] وَبِالسُّنَّةِ «فَإِنَّهُ ﷺ بَعَثَ وَالتَّائِسُ يَبَّاعُونَ فَقَرَّرَهُمْ عَلَى ذَلِكَ»، وَالتَّقْرِيرُ أَحَدُ وُجُوهِ السُّنَّةِ، وَبِالْإِجْمَاعِ فَإِنَّهُ لَمْ يُنْكِرْهُ أَحَدٌ مِنَ الْمَلِكِيِّينَ وَغَيْرِهِمْ، وَبِالْمَعْقُولِ وَهُوَ سَلَبُ شَرْعِيَّتِهِ، فَإِنَّ تَعَلُّقَ الْبَقَاءِ الْمَقْدُورِ بِتَعَاطِيهَا يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ، وَقَدْ بَيَّنَّا ذَلِكَ فِي التَّقْرِيرِ وَرُكْنُهُ الْإِجَابُ وَالْقَبُولُ أَوْ مَا دَلَّ عَلَى ذَلِكَ. وَشَرْطُهُ مِنْ جِهَةِ الْعَاقِدَيْنِ الْعَقْلُ وَالتَّمْيِيزُ، وَمِنْ جِهَةِ الْمَحَلِّ كَوْنُهُ مَالًا مُتَقَوِّمًا مَقْدُورَ التَّسْلِيمِ.

وَحُكْمُهُ إِفَادَةُ الْمَلِكِ وَهُوَ الْقُدْرَةُ عَلَى التَّصَرُّفِ فِي الْمَحَلِّ شَرْعًا، فَلَا يُشْكَلُ بِتَصَرُّفِ الْمُشْتَرِي فِي الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ بِالْبَيْعِ فَإِنَّهُ مُمْتَنِعٌ مَعَ كَوْنِهِ مِلْكًا لَهُ لِأَنَّ ذَلِكَ التَّصَرُّفَ لَيْسَ بِشَرْعِيٍّ مُطْلَقًا لَنَهْيِ النَّبِيِّ ﷺ عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يُقْبَضْ هَذَا هُوَ الْمَقْصُودُ مِنْ شَرْعِيَّةِ الْبَيْعِ، وَقَدْ يَتَرَبُّعُ عَلَيْهِ غَيْرُهُ كَوُجُوبِ الْاسْتِبْرَاءِ وَبُيُوتِ الشُّفْعَةِ وَعَنْقِ الْقَرِيبِ وَمِلْكِ الْمُتَعَةِ فِي الْجَارِيَةِ وَالْخِيَارَاتِ بِطَرِيقِ الضَّمَنِ. وَأَنْوَاعُهُ بِاعْتِبَارِ الْمَبِيعِ أَرْبَعَةٌ: يَبِيعُ

السَّلْعَ بِمِثْلِهَا وَيُسَمَّى مُقَايِضَةً.

وَيَبْعُهَا بِالذَّيْنِ: أَعْنِي الثَّمَنَ. وَيَبْعُ الثَّمَنَ بِالثَّمَنِ كَيْفَ الثَّقَدَيْنِ وَيُسَمَّى الصَّرْفَ. وَيَبْعُ الذَّيْنِ بِالْعَيْنِ وَيُسَمَّى سَلْمًا. وَبِاعْتِبَارِ الثَّمَنِ كَذَلِكَ الْمُسَاوَمَةِ، وَهِيَ الَّتِي لَا تَلْتَفِتُ إِلَى الثَّمَنِ السَّابِقِ، وَالْمُرَابَحَةِ، وَالتَّوْلِيَةِ، وَالْوَضِيعَةِ وَسَيَأْتِي تَفْسِيرُهَا. قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (الْبَيْعُ يَنْعَقِدُ بِالْإِجَابِ وَالْقَبُولِ) الْإِنْعِقَادُ هَاهُنَا تَعْلُقُ كَلَامُ أَحَدِ الْعَاقِدَيْنِ بِالْآخَرِ شَرْعًا عَلَى وَجْهِ يَظْهَرُ أَثَرُهُ فِي الْمَحَلِّ. وَالْإِجَابُ الْإِثْبَاتُ. وَيُسَمَّى مَا تَقَدَّمَ مِنْ كَلَامِ الْعَاقِدَيْنِ إِجَابًا لِأَنَّهُ يَثْبُتُ لِلْآخَرِ خِيَارَ الْقَبُولِ، فَإِذَا قَبِلَ يُسَمَّى كَلَامُهُ قَبُولًا وَحِينَئِذٍ لَا خَفَاءَ فِي وَجْهِ تَسْمِيَةِ الْكَلَامِ الْمُتَقَدِّمِ إِجَابًا وَالْمُتَأَخِّرِ قَبُولًا.

وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ الْإِجَابُ وَالْقَبُولُ بِلَفْظَيْنِ مَاضِيَيْنِ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ الْمُوجِبُ بَعْتُ وَالْمُجِيبُ اشْتَرَيْتُ لِأَنَّ الْبَيْعَ إِثْنَاءُ تَصَرُّفٍ شَرْعِيٍّ، وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ فَهُوَ يُعْرَفُ بِالشَّرْعِ، فَالْبَيْعُ يُعْرَفُ بِهِ، أَمَّا أَنْ الْبَيْعَ إِثْنَاءُ فَلَأَنَّ الْإِثْنَاءَ إِثْبَاتُ مَا لَمْ يَكُنْ، وَهُوَ صَادِقٌ عَلَى الْبَيْعِ لَا مُحَالَةٌ؛ وَأَمَّا كَوْنُهُ شَرْعِيًّا فَلَأَنَّ الْكَلَامَ فِي الْمَبِيعِ شَرْعًا، وَأَمَّا أَنْ كُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ فَهُوَ يُعْرَفُ بِالشَّرْعِ لِأَنَّ تَلْقَى الْأُمُورَ الشَّرْعِيَّةَ لَا يَكُونُ إِلَّا مِنْهُ وَالشَّرْعُ قَدْ اسْتَعْمَلَ الْمَوْضُوعَ لِلْإِخْبَارِ لَعْنَةً فِي الْإِثْنَاءِ فَيَنْعَقِدُ بِهِ، هَذَا تَقْرِيرُ كَلَامِ الشَّيْخِ رَحِمَهُ اللَّهُ فَلَا بُدَّ مِنْ ضَمِّ شَيْءٍ إِلَى ذَلِكَ وَهُوَ أَنْ يُقَالَ: وَكَانَ اسْتِعْمَالُهُ بِلَفْظِ الْمَاضِي وَإِلَّا لَا يَتِمُّ الدَّلِيلُ وَهُوَ ظَاهِرٌ.

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (لَا يَنْعَقِدُ بِلَفْظَيْنِ. أَحَدُهُمَا الْمَاضِي، وَالْآخَرُ بِلَفْظِ الْمُسْتَقْبَلِ) وَإِنَّمَا لَا يَنْعَقِدُ بِذَلِكَ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ اسْتَعْمَلَ فِيهِ لَفْظَ الْمَاضِي الَّذِي يَدُلُّ عَلَى تَحَقُّقِ وَجُودِهِ فَكَانَ الْإِنْعِقَادُ مُقْتَضِرًا عَلَيْهِ، وَلَأَنَّ لَفْظَ الْمُسْتَقْبَلِ إِنْ كَانَ مِنْ جَانِبِ الْبَائِعِ كَانَ عِدَّةً لَا يَنْعَا، وَإِنْ كَانَ مِنْ جَانِبِ الْمُشْتَرِي كَانَ مُسَاوَمَةً. وَقِيلَ هَذَا إِذَا كَانَ اللَّفْظَانِ أَوْ أَحَدُهُمَا مُسْتَقْبَلًا بِذَوْنِ نِيَّةِ الْإِجَابِ فِي الْحَالِ.

وَأَمَّا إِذَا كَانَ الْمُرَادُ ذَلِكَ فَيَنْعَقِدُ الْبَيْعُ وَأُسْنَدُ ذَلِكَ إِلَى ثُخْفَةِ الْفُقَهَاءِ وَشَرْحِ: الطَّحَاوِيِّ. ثُمَّ قِيلَ فِي تَعْلِيلِهِ؛ لِأَنَّ صِبْغَةَ الْاسْتِقْبَالِ تَحْتَمِلُ الْحَالَ فَصَحَّتِ النَّيَّةُ. وَقِيلَ لِأَنَّ هَذَا اللَّفْظَ وَضِعَ لِلْحَالِ وَفِي وَقُوعِهِ لِلْاسْتِقْبَالِ ضَرْبُ تَجَوُّزٍ، وَفِيهِ بَحْثٌ لِأَنَّ الْمَذْكُورَ لَفْظُ الْمُسْتَقْبَلِ، وَهُوَ إِنَّمَا يَكُونُ بِالسَّيْنِ أَوْ سَوْفَ وَهُوَ لَا يَحْتَمِلُ الْحَالَ وَلَا

وَضِعَ لَهُ، فَإِنْ أَرَادَ الشَّيْخُ مِنْ لَفْظِ الْمُسْتَقْبَلِ ذَلِكَ فَلَا خَفَاءَ فِي عَدَمِ الْعَقَادِ الْبَيْعِ بِهِ، وَنَبْهٌ
الْحَالِ غَيْرُ صَحِيحَةٍ لِعَدَمِ مُصَادَقَتِهَا الْمَحَلِّ.

وَأِنْ أَرَادَ مَا يَحْتَمِلُ الْاسْتِقْبَالَ وَهُوَ صِغَةُ الْمَضَارِعِ فَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ إِنَّهُ لَمْ يَقُلْ
بِالْجَوَازِ بِهِ وَإِنْ كَانَ بِالنِّبَةِ لَأَنَّهَا إِنَّمَا تَعْمَلُ فِي الْمَحْتَمَلَاتِ لَا فِي الْمَوْضُوعَاتِ الْأَصْلِيَّةِ،
وَالْفِعْلُ الْمَضَارِعُ عِنْدَ الْفُقَهَاءِ حَقِيقَةٌ فِي الْحَالِ عَلَى مَا عُرِفَ فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى النِّبَةِ وَلَا
يَتَعَقَّدُ بِهِ لَمَّا مَرَّ مِنَ الْأَثَرِ وَالْمَقُولِ، لَا يُقَالُ: سَلَمْنَا أَنَّهُ حَقِيقَةٌ فِي الْحَالِ لَكِنَّ النِّبَةَ إِنَّمَا
هِيَ لِدَفْعِ الْمُحْتَمَلِ وَهُوَ الْعَدَةُ لَا لِإِرَادَةِ الْحَقِيقَةِ، لِأَنَّ الْمَعْهُودَ أَنَّ الْمَجَازَ يَحْتَاجُ إِلَى مَا
يَنْفِي إِرَادَةَ الْحَقِيقَةِ لَا أَنَّ الْحَقِيقَةَ تَحْتَاجُ إِلَى مَا يَنْفِي إِرَادَةَ الْمَجَازِ عَلَى أَنَّهُ دَافِعٌ لِلْمَقُولِ
دُونَ الْأَثَرِ.

فَإِنْ قِيلَ: فَمَا وَجْهُ مَا ذَكَرَ فِي شَرْحِ: الطُّحَاوِيِّ؟ فَالْجَوَابُ أَنْ يُقَالَ: الْمَضَارِعُ
حَقِيقَةٌ فِي الْحَالِ فِي غَيْرِ الْبُيُوعِ وَالْحَقِيقَةُ الشَّرْعِيَّةُ فِيهَا هُوَ اللَّفْظُ الْمَاضِي وَالْمَضَارِعُ فِيهَا
مَجَازٌ فَيَحْتَاجُ إِلَى النِّبَةِ فَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ النِّكَاحِ) يَعْنِي أَنَّهُ يَتَعَقَّدُ بِذَلِكَ، فَإِنْ أَحَدَهُمَا إِذَا
قَالَ زَوْجَنِي فَقَالَ الْآخَرُ زَوْجَتُكَ انْعَقَدَ، وَقَدْ مَرَّ الْفَرْقُ هُنَاكَ، وَهُوَ مَا قَالَ إِنَّ هَذَا
تَوْكِيلٌ بِالنِّكَاحِ وَالْوَاحِدُ يَتَوَلَّى طَرَفِي النِّكَاحِ.

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ: وَقَوْلُهُ (رَضِيتَ أَوْ أُعْطَيْتُكَ) هَذَا لِبَيَانِ أَنَّ الْعَقَادَ الْبَيْعَ لَا يَنْحَصِرُ
فِي لَفْظِ بَعْتٍ وَاشْتَرَيْتَ، بَلْ كُلُّ مَا دَلَّ عَلَى ذَلِكَ يَتَعَقَّدُ بِهِ، فَإِذَا قَالَ بَعْتَ مِنْكَ هَذَا
بِكَذَا فَقَالَ رَضِيتَ أَوْ أُعْطَيْتُكَ الثَّمَنَ أَوْ قَالَ اشْتَرَيْتَ مِنْكَ هَذَا بِكَذَا فَقَالَ رَضِيتَ
أَوْ أُعْطَيْتُكَ: أَيُّ الْمَبِيعِ بِذَلِكَ الثَّمَنِ انْعَقَدَ لِإِفَادَةِ الْمَعْنَى الْمَقْصُودِ، وَكَذَا إِذَا قَالَ اشْتَرَيْتَ
هَذَا مِنْكَ بِكَذَا فَقَالَ خُذْهُ: يَعْنِي بَعْتَ بِذَلِكَ فَخُذْهُ لِأَنَّهُ أَمَرُهُ بِالْأَخْذِ بِالْبَدَلِ وَهُوَ لَا
يَكُونُ إِلَّا بِالْبَيْعِ فَقَدَّرَ الْبَيْعَ اقْتِضَاءً فَصَارَ كُلُّ مَا يُؤَدِّي مَعْنَى بَعْتٍ وَاشْتَرَيْتَ سَوَاءً فِي
الْعَقَادِ الْبَيْعِ بِهِ لِأَنَّ الْمَعْنَى هُوَ الْمُعْتَبَرُ فِي هَذِهِ الْعُقُودِ، وَقِيْدُهُ بِذَلِكَ لِأَنَّ بَعْضَ الْعُقُودِ قَدْ
يَحْتَاجُ إِلَى اللَّفْظِ وَلَا يَتَعَقَّدُ بِدُونِهِ كَمَا فِي الْمَفَاوِضَةِ إِذَا لَمْ يُبَيَّنَّا جَمِيعَ مَا تَقْتَضِيهِ
(وَلِهَذَا) أَيُّ وَلِكُونِ الْمَعْنَى هُوَ الْمُعْتَبَرُ فِي هَذِهِ الْعُقُودِ (يَتَعَقَّدُ الْبَيْعُ بِالتَّعَاطِي فِي النَّفْسِ
وَالْخَسِيسِ لِتَحَقُّقِ الْمَقْصُودِ وَهُوَ التَّرَاضِي).

وَقَوْلُهُ (هُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ الْكَرْخِيِّ الْبَيْعُ يَتَعَقَّدُ بِالتَّعَاطِي فِي الْخَسِيسِ

كَالْبَقْلِ وَأَمْنَالِهِ، ثُمَّ إِنَّ مُحَمَّدًا رَحِمَهُ اللَّهُ أَشَارَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ إِلَى أَنْ تَسْلِمَ الْمَبِيعَ يَكْفِي فِي تَحْقِيقِهِ

قَالَ (وَإِذَا أَوْجَبَ) أَحَدُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ الْبَيْعَ فَلَا خَرُّ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ قَبْلَ فِي الْمَجْلِسِ وَإِنْ شَاءَ رَدًّا، وَهَذَا خِيَارُ الْقَبُولِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَثْبُتْ لَهُ الْخِيَارُ يُلْزَمُهُ حُكْمُ الْبَيْعِ مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ، وَإِذَا لَمْ يَفْسُدْ لِحُكْمِ بَدُونِ قَبُولِ الْآخَرِ فَلِلْمُوجِبِ أَنْ يَرْجِعَ عَنْهُ قَبْلَ قَبُولِهِ لَخُلُوهُ عَنْ إِبْطَالِ حَقِّ الْغَيْرِ، وَإِنَّمَا يَمْتَدُّ إِلَى آخِرِ الْمَجْلِسِ؛ لِأَنَّ الْمَجْلِسَ جَامِعَ الْمُتَفَرِّقَاتِ فَاعْتَبِرَتْ سَاعَاتُهُ سَاعَةً وَاحِدَةً دَهْقًا لِلْعُسْرِ وَتَحْقِيقًا لِلْيُسْرِ.

وَالْكِتَابُ كَالْخِطَابِ، وَكَذَا الْإِرْسَالُ حَتَّى أُعْثِرَ مَجْلِسُ بُلُوغِ الْكِتَابِ وَأَدَاءِ الرِّسَالَةِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَقْبَلَ فِي بَعْضِ الْمَبِيعِ وَلَا أَنْ يَقْبَلَ الْمُشْتَرِي بِبَعْضِ الثَّمَنِ لَعَدَمِ رِضَا الْآخَرِ بِتَفَرُّقِ الصَّفَقَةِ، إِلَّا إِذَا بَيَّنَّ كُلُّ وَاحِدٍ؛ لِأَنَّهُ صَفَقَاتُ مَعْنَى. قَالَ (وَأَيُّهُمَا قَامَ عَنْ الْمَجْلِسِ قَبْلَ الْقَبُولِ بَطَلَ الْإِيجَابُ؛ لِأَنَّ الْقِيَامَ دَلِيلُ الْإِعْرَاضِ) وَالرُّجُوعُ، وَلَهُ ذَلِكَ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ.

الشرح:

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِذَا أَوْجَبَ) إِذَا قَالَ الْبَائِعُ مَثَلًا بِعْتُكَ هَذَا بِكَذَا فَلَا خَرُّ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ قَالَ فِي الْمَجْلِسِ قَبْلَتْ، وَإِنْ شَاءَ رَدًّا، وَهَذَا يُسَمَّى خِيَارَ الْقَبُولِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ مُخْتَارًا فِي الرَّدِّ وَالْقَبُولِ لَكَانَ مَجْبُورًا عَلَى أَحَدِهِمَا وَاتَّفَقَى التَّرَاضِي، فَمَا فَرَضْنَاهُ يَتَعَا لَمْ يَكُنْ يَتَعَا هَذَا خَلْفًا، وَإِذَا كَانَ إِجْبَابُ أَحَدِهِمَا غَيْرَ مُفِيدٍ لِلْحُكْمِ بَدُونِ قَبُولِ الْآخَرِ كَانَ لِلْمُوجِبِ أَنْ يَرْجِعَ عَنْ إِجْبَابِهِ لَخُلُوهُ عَنْ إِبْطَالِ حَقِّ الْغَيْرِ.

فَإِنْ قِيلَ: سَلَمْنَا أَنْ إِجْبَابُ أَحَدِهِمَا غَيْرَ مُفِيدٍ لِلْحُكْمِ وَهُوَ الْمِلْكُ لَكِنْ حَقُّ الْغَيْرِ لَمْ يَنْحَصِرْ فِي ذَلِكَ فَإِنَّ حَقَّ التَّمْلُكِ ثَبَتَ لِلْمُشْتَرِي بِإِجْبَابِ الْبَائِعِ وَهُوَ حَقٌّ لِلْمُشْتَرِي فَلَا يَكُونُ الرُّجُوعُ خَالِيًا عَنْ إِبْطَالِ حَقِّ الْغَيْرِ. فَالْجَوَابُ أَنَّ الْإِجْبَابَ إِذَا لَمْ يَكُنْ مُفِيدًا لِلْحُكْمِ وَهُوَ الْمِلْكُ كَانَ الْمِلْكُ حَقِيقَةً لِلْبَائِعِ وَحَقُّ التَّمْلُكِ لِلْمُشْتَرِي إِنْ سَلِمَ بُتُوهُ بِإِجْبَابِ الْبَائِعِ لَا يَمْنَعُ الْحَقِيقَةَ لَكُونِهَا أَقْوَى مِنَ الْحَقِّ لَا مَحَالَةَ وَلَا يَنْتَقِضُ بِمَا إِذَا دَفَعَ الزَّكَاةَ إِلَى السَّاعِي قَبْلَ الْحَوْلِ، فَإِنَّ الْمُرْكِي لَا يَقْدِرُ عَلَى الْاسْتِرْدَادِ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الْفَقِيرِ بِالْمَدْفُوعِ، لِأَنَّ حَقِيقَةَ الْمِلْكِ زَالَتْ مِنَ الْمُرْكِي فَعَمِلَ الْحَقُّ عَمَلَهُ لَا نِثْفَاءَ مَا هُوَ أَقْوَى مِنْهُ

(قَوْلُهُ وَإِنَّمَا يَمْتَدُّ إِلَى آخِرِ الْمَجْلِسِ) يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ جَوَابًا عَمَّا يُقَالُ مَا وَجْهُهُ اخْتِصَاصُ خِيَارِ الرَّدِّ وَالْقَبُولِ بِالْمَجْلِسِ وَلَمْ لَا يَنْطَلِ الْإِجَابُ عَقِيبَ خُلُوهٍ عَنِ الْقَبُولِ أَوْ لَمْ يَتَوَقَّفْ عَلَى مَا وَرَاءَ الْمَجْلِسِ. وَتَقْرِيرُ الْجَوَابِ أَنَّ فِي إِبْطَالِهِ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْمَجْلِسِ عُسْرًا بِالمُشْتَرِي، وَفِي إِنْقَائِهِ فِيمَا وَرَاءَ الْمَجْلِسِ عُسْرًا بِالبَائِعِ، وَفِي التَّوَقُّفِ عَلَى الْمَجْلِسِ يُسْرًا بِهِمَا جَمِيعًا. وَالْمَجْلِسُ جَامِعٌ لِلْمُتَفَرِّقَاتِ كَمَا تَقَدَّمَ فِي أَوَّلِ الْكِتَابِ فَجُعِلَتْ سَاعَاتُهُ سَاعَةً وَاحِدَةً دَفْعًا لِلْعُسْرِ وَتَحْقِيقًا لِلْيُسْرِ.

فَإِنْ قِيلَ: فَلَمْ لَا يَكُونُ الْخُلْعُ وَالْعِنَقُ عَلَى مَا لَ كَذَلِكَ؟ فَالْجَوَابُ أَنَّهُمَا اشْتَمَلَا عَلَى الِیَمِینِ مِنْ جَانِبِ الزَّوْجِ وَالْمَوْلَى فَكَانَ ذَلِكَ مَانِعًا عَنِ الرُّجُوعِ فِي الْمَجْلِسِ فَيَتَوَقَّفُ الْإِجَابُ فِيهِمَا عَلَى مَا وَرَاءَ الْمَجْلِسِ. قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَالْكِتَابُ كَالْخُطَابِ) إِذَا كَتَبَ أَمَّا بَعْدَ فَقَدْ بَعَثَكَ عَبْدِي فَلَانًا بِأَلْفِ دِرْهَمٍ أَوْ قَالَ لِرَسُولِهِ بَعْتَ هَذَا مِنْ فُلَانٍ الْعَائِبِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ فَاذْهَبْ فَأَخْبِرْهُ بِذَلِكَ فَوْصَلِ الْكِتَابُ إِلَى الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ وَأَخْبَرَ الرَّسُولُ الْمُرْسَلُ إِلَيْهِ فَقَالَ فِي مَجْلِسِ بُلُوغِ الْكِتَابِ وَالرَّسَالَةِ اشْتَرَيْتَ أَوْ قَبِلْتَ ثُمَّ الْبَيْعُ بَيْنَهُمَا. لِأَنَّ الْكِتَابَ مِنْ الْعَائِبِ كَالْخُطَابِ مِنَ الْحَاضِرِ.

«لَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يُبْلَغُ ثَارَةً بِالْكِتَابِ وَثَارَةً بِالْخُطَابِ»، وَكَانَ ذَلِكَ سَوَاءً فِي كَوْنِهِ مُبْلَغًا. وَكَذَلِكَ الرَّسُولُ مُعَبَّرٌ وَسَفِيرٌ فَتَقِلَ كَلَامُهُ إِلَيْهِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَقْبَلَ فِي بَعْضِ الْمَبِيعِ) يَعْنِي إِذَا أَوْجَبَ الْبَائِعُ الْبَيْعَ فِي شَيْئَيْنِ فَصَاعِدًا وَأَرَادَ الْمُشْتَرِي قَبُولَ الْعَقْدِ فِي أَحَدِهِمَا لَا غَيْرُ. فَإِنْ كَانَتْ الصَّفَقَةُ وَاحِدَةً فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ لِتَضَرُّرِ الْبَائِعِ بِتَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ عَلَيْهِ لِأَنَّ الْعَادَةَ فِيمَا بَيْنَ النَّاسِ أَنَّهُمْ يَضُمُّونَ الْجَيِّدَ إِلَى الرَّدِيِّ فِي الْبَيَاعَاتِ وَيُنْقِصُونَ عَنْ ثَمَنِ الْجَيِّدِ لِتَرْوِيجِ الرَّدِيِّ بِهِ، فَلَوْ تَبَتَّ خِيَارُ قَبُولِ الْعَقْدِ فِي أَحَدِهِمَا لَقَبِلَ الْمُشْتَرِي الْعَقْدَ فِي الْجَيِّدِ وَتَرَكَ الرَّدِيَّ فَزَالَ الْجَيِّدُ عَنْ يَدِ الْبَائِعِ بِأَقْلٍ مِنْ ثَمَنِهِ وَفِيهِ ضَرَرٌ عَلَى الْبَائِعِ لَا مَحَالَةَ.

وَهَذَا التَّغْلِيلُ فِي الصُّورَةِ الْمَوْضُوعَةِ صَحِيحٌ، وَأَمَّا إِذَا وُضِعَتِ الْمَسْأَلَةُ فِيمَا إِذَا بَاعَ عَبْدًا بِأَلْفٍ مَثَلًا وَقَبِلَ الْمُشْتَرِي فِي نَصْفِهِ فَلَيْسَ بِصَحِيحٍ. وَالصَّحِيحُ فِيهِ أَنْ يُقَالُ: يَتَضَرَّرُ الْبَائِعُ بِسَبَبِ الشَّرَكَةِ. فَإِنْ قِيلَ: فَإِنْ رَضِيَ الْبَائِعُ فِي الْمَجْلِسِ هَلْ يَصِحُّ أَوْ لَا؟ أَجِيبَ بِأَنَّ الْقُدُورِيَّ قَالَ: إِنَّهُ يَصِحُّ وَيَكُونُ ذَلِكَ مِنَ الْمُشْتَرِي فِي الْحَقِيقَةِ اسْتِثْنَاءً

إِجَابَ لَا قَبُولَ، وَرِضَا الْبَائِعِ قَبُولًا. قَالَ: وَإِنَّمَا يَصِحُّ مِثْلُ هَذَا إِذَا كَانَ لِلْبَعْضِ الَّذِي قَبْلَهُ الْمُشْتَرِي حِصَّةٌ مَعْلُومَةٌ مِنَ الثَّمَنِ كَالصُّورَةِ الْمَذْكُورَةِ، وَفِي الْقَفِيزَيْنِ بَاعَهُمَا بِعَشْرَةِ لَأَنَّ الثَّمَنَ يَنْقَسِمُ عَلَيْهِمَا بِاعْتِبَارِ الْأَجْزَاءِ فَتَكُونُ حِصَّةُ كُلِّ بَعْضٍ مَعْلُومَةً، فَأَمَّا إِذَا أَضَافَ الْعَقْدَ إِلَى عَبْدَيْنِ أَوْ تَوْثِينَ لَمْ يَصِحَّ الْعَقْدُ بِقَبُولِ أَحَدِهِمَا وَإِنْ رَضِيَ الْبَائِعُ لِأَنَّهُ يَلْزَمُ الْبَيْعُ بِالْحِصَّةِ ابْتِدَاءً.

وَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ كَمَا سَيَأْتِي، وَإِنْ كَانَتْ الصَّفَقَةُ مُتَّفَقَةً كَانَ لَهُ ذَلِكَ لَا تَنْفَاءَ الضَّرَرِ عَنِ الْبَائِعِ، وَإِلَيْهِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ (إِلَّا إِذَا بَيَّنَّ ثَمَنَ كُلِّ وَاحِدٍ لِأَنَّهَا صَفَقَاتُ مَعْنَى) وَالصَّفَقَةُ ضَرْبُ الْيَدِ عَلَى الْيَدِ فِي الْبَيْعِ وَالْبَيْعَةِ. ثُمَّ جُعِلَتْ عِبَارَةٌ عَنِ الْعَقْدِ نَفْسِهِ، وَالْعَقْدُ يَحْتَاجُ إِلَى مَبِيعٍ وَثَمَنِ وَبَائِعٍ وَمُشْتَرٍ وَبَيْعٍ وَشِرَاءٍ، وَبِاتِّحَادِ بَعْضِ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ مَعَ بَعْضٍ وَتَفَرُّقِهَا يَحْصُلُ اتِّحَادُ الصَّفَقَةِ وَتَفَرُّقُهَا، فَإِذَا اتَّحَدَ الْجَمْعُ اتَّحَدَتِ الصَّفَقَةُ، وَكَذَا إِذَا اتَّحَدَ سِوَى الْمَبِيعِ كَقَوْلِهِ بِعْتُهُمَا بِمِائَةِ فَقَالَ قَبِلْتُ.

وَاتِّحَادُ الْجَمِيعِ سِوَى الثَّمَنِ لَا يُتَصَوَّرُ فَيَكُونُ مَعَ تَعَدُّدِ الْمَبِيعِ كَأَن قَال بِعْتُهُمَا بِمِائَةِ فَقَالَ قَبِلْتُ أَحَدَهُمَا بِسِتِّينَ وَالْآخَرَ بِأَرْبَعِينَ وَذَلِكَ يَكُونُ صَفَقَةً وَاحِدَةً أَيْضًا كَمَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ، وَاتِّحَادُ الْجَمِيعِ سِوَى الْبَائِعِ كَأَن قَال بَعْنَا هَذَا مِنْكَ بِمِائَةِ فَقَالَ قَبِلْتُ يُوجِبُ اتِّحَادَ الصَّفَقَةِ، وَاتِّحَادُ الْجَمِيعِ سِوَى الْمُشْتَرِي كَأَن قَال بَعْتُهُ مِنْكُمَا بِمِائَةِ فَقَالَ قَبِلْنَا كَذَلِكَ وَتَفَرَّقَ الْجَمِيعُ يُوجِبُ تَفَرُّقَ الصَّفَقَةِ وَتَفَرُّقَ الْمَبِيعِ.

وَالثَّمَنُ إِنْ كَانَ بِتَكْرِيرِ لَفْظِ الْمَبِيعِ فَكَذَلِكَ، وَكَذَا تَفَرُّقُهُمَا بِتَكْرِيرِ لَفْظِ الشِّرَاءِ، هَذَا كُلُّهُ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا، وَأَمَّا تَعَدُّدُ الْبَائِعِ مَعَ تَعَدُّدِ الثَّمَنِ وَالْمَبِيعِ بِلا تَكْرِيرِ لَفْظِ الْبَيْعِ فَكَذَا تَفَرُّقُ الْمُشْتَرِي مَعَ تَفَرُّقِ الْمَبِيعِ وَالثَّمَنِ بِدُونِ تَكْرِيرِ لَفْظِ الشِّرَاءِ فَيُوجِبُ التَّفَرُّقَ قِيَاسًا لَا اسْتِحْسَانًا. وَقِيلَ لَا يُوجِبُ التَّفَرُّقُ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَيُوجِبُهُ عَلَى قَوْلِ صَاحِبِيهِ، قَالَ: وَأَيُّهُمَا قَامَ مِنَ الْمَجْلِسِ قَبْلَ الْقَبُولِ بَطَلَ الْإِجَابُ، هَذَا مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ إِنْ شَاءَ قَبِلَ فِي الْمَجْلِسِ وَإِنْ شَاءَ رَدَّ.

وَهُوَ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ رَدَّ الْإِجَابِ تَارَةً يَكُونُ صَرِيحًا وَأُخْرَى دَلَالَةً، فَإِنَّ الْقِيَامَ دَلِيلٌ لِلْإِعْرَاضِ وَالرُّجُوعِ، وَقَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ الْمَوْجِبَ الرُّجُوعُ صَرِيحًا، وَالْدَّلَالَةُ تَعْمَلُ عَمَلُ الصَّرِيحِ. فَإِنْ قِيلَ: الدَّلَالَةُ تَعْمَلُ عَمَلُ الصَّرِيحِ إِذَا لَمْ يُوجَدْ صَرِيحٌ يُعَارِضُهَا وَهَاهُنَا لَوْ

قَالَ بَعْدَ الْقِيَامِ قَبِلْتُ وَجِدَ الصَّرِيحُ فَيَتَرَجَّحُ عَلَى الدَّلَالَةِ. أَجِيبَ بِأَنَّ الصَّرِيحَ إِنَّمَا وَجِدَ بَعْدَ عَمَلِ الدَّلَالَةِ فَلَا يُعَارِضُهَا

وَإِذَا حَصَلَ الْإِجَابُ وَالْقَبُولُ لَزِمَ الْبَيْعُ وَلَا خِيَارَ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا إِلَّا مِنْ عَيْبٍ أَوْ عَدَمِ رُؤْيَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ يَثْبُتُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خِيَارُ الْمَجْلِسِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الْمُتَبَايعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا»^(١) وَلَنَا أَنَّ فِي الْفَسْخِ إِبْطَالُ حَقِّ الْآخِرِ فَلَا يَجُوزُ. وَالْحَدِيثُ مَحْمُولٌ عَلَى خِيَارِ الْقَبُولِ. وَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلَيْهِ فَإِنَّهُمَا مُتَبَايعَانِ حَالَتَهُ الْمُبَاشَرَةِ لَا بَعْدَهَا أَوْ يَحْتَمِلُهُ فَيَحْمَلُ عَلَيْهِ، وَالتَّفَرُّقُ فِيهِ تَفَرُّقُ الْأَقْوَالِ.

الشرح:

(وَإِذَا حَصَلَ الْإِجَابُ وَالْقَبُولُ ثُمَّ الْبَيْعُ وَلَزِمَ، وَلَيْسَ لِوَاحِدٍ مِنَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ الْخِيَارُ إِلَّا مِنْ عَيْبٍ أَوْ عَدَمِ رُؤْيَا) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فَإِنَّهُ أَثْبَتَ لِكُلِّ مِنْهُمَا خِيَارَ الْمَجْلِسِ عَلَى مَعْنَى أَنَّ لِكُلِّ مِنَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ بَعْدَ تَمَامِ الْعَقْدِ أَنْ يَرُدَّ الْعَقْدَ بِذَوْنِ رِضَا صَاحِبِهِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا بِالْأَبْدَانِ، وَاسْتَدَلَّ عَلَى ذَلِكَ (بِقَوْلِهِ ﷺ «الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا»)^(١) فَإِنَّ التَّفَرُّقَ عَرَضٌ فَيَقُومُ بِالْجَوْهَرِ وَهُوَ الْأَبْدَانُ.

(وَلَنَا أَنَّ فِي الْفَسْخِ إِبْطَالُ حَقِّ الْآخِرِ) وَهُوَ لَا يَجُوزُ. وَالْجَوَابُ عَنِ الْحَدِيثِ أَنَّهُ مَحْمُولٌ عَلَى خِيَارِ الْقَبُولِ وَقَدْ تَقَدَّمَ تَفْسِيرُهُ. وَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى ذَلِكَ لِأَنَّ الْأَحْوَالَ ثَلَاثٌ: قَبْلَ قَبُولِهِمَا. وَبَعْدَ قَبُولِهِمَا، وَبَعْدَ كَلَامِ الْمَوْجِبِ قَبْلَ قَوْلِ الْمُجِيبِ. وَإِطْلَاقُ الْمُتَبَايعَيْنِ فِي الْأَوَّلَيْنِ مَجَازٌ بِاعْتِبَارِ مَا يُثْبِتُ إِلَيْهِ أَوْ مَا كَانَ عَلَيْهِ. وَالثَّلَاثُ حَقِيقَةٌ فَيَكُونُ مُرَادًا، أَوْ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مُرَادًا فَيَحْمَلُ عَلَيْهِ. وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ أَحَدَهُمَا مُرَادٌ وَالْآخَرُ مُحْتَمَلٌ لِلْإِرَادَةِ. لَا يُقَالُ: الْعُقُودُ الشَّرْعِيَّةُ فِي حُكْمِ الْجَوَاهِرِ فَيَكُونَانِ مُتَبَايعَيْنِ بَعْدَ وَجُودِ كَلَامِهِمَا، لِأَنَّ الْبَاقِيَ بَعْدَ كَلَامِهِمَا حُكْمٌ كَلَامِيٌّ شَرْعًا لَا حَقِيقَةٌ كَلَامِيٌّ، وَالْكَلَامُ فِي حَقِيقَةِ الْكَلَامِ وَهَذَا التَّأْوِيلُ مَنقُولٌ عَنْ إِبْرَاهِيمَ النَّخَعِيِّ.

وَقَوْلُهُ (وَالْتَّفَرُّقُ تَفَرُّقُ الْأَقْوَالِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ التَّفَرُّقُ عَرَضٌ فَيَقُومُ بِالْجَوْهَرِ. وَلَقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: حَمْلُ التَّفَرُّقِ عَلَى ذَلِكَ يَسْتَلْزِمُ قِيَامَ الْعَرَضِ بِالْعَرَضِ وَهُوَ مُحَالٌ بِاجْتِمَاعِ مُتَكَلِّمِي أَهْلِ السُّنَّةِ فَيَكُونُ إِسْنَادُ التَّفَرُّقِ إِلَيْهَا مَجَازًا، فَمَا وَجْهُ تَرْجِيحِ

(١) أخرجه البخاري في البيوع باب ٤٢ حديث (٢١٠٧)، ومسلم في البيوع (حديث ٤٥).

(وَالْأَثْمَانُ الْمُطْلَقَةُ) لَا تَصِحُّ إِلَّا أَنْ تَكُونَ مَعْرُوفَةً الْقَدْرِ وَالصِّفَةِ؛ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ وَالتَّسْلِمَ وَاجِبٌ بِالْعَقْدِ، وَهَذِهِ الْجِهَالَةُ مُفْضِيَةٌ إِلَى الْمُنَازَعَةِ فَيَمْتَنِعُ التَّسْلِيمُ وَالتَّسْلِمُ، وَكُلُّ جِهَالَةٍ هَذِهِ صِفَتُهَا تَمْنَعُ الْجَوَازَ، هَذَا هُوَ الْأَصْلُ

الشرح:

قَالَ (وَالْأَثْمَانُ الْمُطْلَقَةُ لَا تَصِحُّ إِلَّا أَنْ تَكُونَ مَعْرُوفَةً الْقَدْرِ وَالصِّفَةِ) الْأَثْمَانُ الْمُطْلَقَةُ عَنِ الْإِشَارَةِ لَا يَصِحُّ بِهَا الْعَقْدُ إِلَّا أَنْ تَكُونَ مَعْلُومَةُ الْقَدْرِ كَعَشْرَةِ وَنَحْوِهَا، وَالصِّفَةُ كَكُونِهَا بُخَارِيًّا أَوْ سَمَرْقَنْدِيًّا لِأَنَّ التَّسْلِيمَ وَاجِبٌ بِالْعَقْدِ، وَكُلُّ مَا هُوَ وَاجِبٌ بِالْعَقْدِ يَمْتَنِعُ حُصُولُهُ بِالْجِهَالَةِ الْمُفْضِيَةِ إِلَى النَّزَاعِ فَالتَّسْلِيمُ يَمْتَنِعُ بِهَا (وَهَذِهِ الْجِهَالَةُ مُفْضِيَةٌ إِلَى الْمُنَازَعَةِ فَيَمْتَنِعُ التَّسْلِيمُ وَالتَّسْلِمُ) وَيَفُوتُ الْغَرَضُ الْمَطْلُوبُ مِنَ الْبَيْعِ.

قَالَ (وَيَجُوزُ الْبَيْعُ بِثَمَنِ حَالٍ وَمَوْجِلٍ إِذَا كَانَ الْأَجَلُ مَعْلُومًا) لِإِطْلَاقِ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ وَعَنْهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «أَنَّهُ اشْتَرَى مِنْ يَهُودِيٍّ طَعَامًا إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ وَرَهْنَةً دِرْعَةً». وَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الْأَجَلُ مَعْلُومًا؛ لِأَنَّ الْجِهَالَةَ فِيهِ مَانِعَةٌ مِنَ التَّسْلِيمِ الْوَاجِبِ بِالْعَقْدِ، فَهَذَا يُطَالِبُهُ بِهِ فِي قَرِيبِ الْمُدَّةِ، وَهَذَا يُسَلِّمُهُ فِي بَعِيدِهَا.

الشرح:

قَالَ (وَيَجُوزُ الْبَيْعُ بِثَمَنِ حَالٍ) قَالَ الْكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: الْمَبِيعُ مَا تَعَيَّنَ فِي الْعَقْدِ وَالثَّمَنُ مَا لَمْ يَتَّعَيْنْ، وَهَذَا عَلَى الْمَذْهَبِ، فَإِنَّ الدَّرَاهِمَ تَتَّعَيْنُ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ فِي الْبَيْعِ وَهُوَ ثَمَنٌ بِالِاتِّفَاقِ. وَقَالَ أَبُو الْفَضْلِ الْكَرْمَانِيُّ فِي الْإِبْضَاحِ: الثَّمَنُ مَا كَانَ فِي الذِّمَّةِ نَقْلُهُ عَنِ الْفَرَاءِ وَهُوَ مَنْقُوضٌ بِالْمُسْلِمِ فِيهِ فَإِنَّهُ يَثْبُتُ فِي الذِّمَّةِ وَلَيْسَ بِثَمَنِ.

وَقِيلَ الْمَبِيعُ مَا يَحِلُّهُ الْعَقْدُ مِنَ الْأَعْيَانِ ابْتِدَاءً، وَقَوْلُهُ ابْتِدَاءً احْتِرَازٌ عَنِ الْمُسْتَأْجَرِ، فَإِنَّهُ إِنَّمَا يَحِلُّهُ الْعَقْدُ، بِاعْتِبَارِ قِيَامِهِ مَقَامَ الْمَنْفَعَةِ عَلَى أَحَدِ طَرِيقَيْ أَصْحَابِنَا فِي الْإِجَارَةِ، وَالثَّمَنُ مَا يُقَابَلُهُ وَيَنْقَسِمُ كُلُّ مِنْهُمَا إِلَى مَحْضٍ وَمُتَرَدِّدٍ، فَالْمَبِيعُ الْمَحْضُ هُوَ الْأَعْيَانُ الَّتِي لَيْسَتْ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ إِلَّا الثِّيَابُ الْمَوْصُوفَةُ وَقَعَتْ فِي الذِّمَّةِ إِلَى أَجَلٍ بَدَلًا عَنْ عَيْنٍ فَإِنَّهَا أَثْمَانٌ، وَلَيْسَ اشْتِرَاطُ الْأَجَلِ لِكَوْنِهِ ثَمَنًا بَلْ لِيَصِيرَ مُلْحَقًا بِالسَّلَمِ فِي كَوْنِهَا دَيْنًا فِي الذِّمَّةِ.

وَالثَّمَنُ الْمَحْضُ هُوَ مَا خُلِقَ لِلثَّمَنِ كَالدَّرَاهِمِ وَالذَّنَانِيرِ وَالتُّرَدُّدُ بَيْنَهُمَا كَالْمَكِيلَاتِ

وَالْمُزُونَاتِ وَالْعَدَدِيَّاتِ الْمُتَقَارِبَةِ فَإِنَّهَا مَبِيعَةٌ نَظَرًا إِلَى الْإِثْفَاعِ بِأَعْيَانِهَا، أُنْمَانٌ نَظَرًا إِلَى أَنَّهَا مِثْلِيَّةٌ كَالْتَقْدِينِ، فَإِنْ قَابَلَهَا التَّقْدَانِ فَهِيَ مُعَيَّنَةٌ، وَإِنْ قَابَلَهَا عَيْنٌ وَهِيَ مُعَيَّنَةٌ فَهِيَ مَبِيعَةٌ وَأُنْمَانٌ لِأَنَّ الْبَيْعَ لَا بُدَّ لَهُ مِنْهُمَا وَلَيْسَ أَحَدُهُمَا أَوْلَى بِأَنْ يُجْعَلَ مَبِيعًا مِنَ الْآخَرِ فَجُعِلَ كُلُّ وَاحِدٍ مَبِيعًا وَنَمْنًا وَإِنْ كَانَتْ أَغْنِي الْمَكِيلَاتِ وَالْمُزُونَاتِ غَيْرَ مُعَيَّنَةٍ، فَإِنْ دَخَلَتْ فِيهَا الْبَاءُ مِثْلُ أَنْ يُقَالَ اشْتَرَيْتَ هَذَا الْعَبْدَ بِكَرٍّ حِنْطَةٍ وَقَدْ وَصَفَهَا كَانَتْ نَمْنًا، وَإِنْ دَخَلَتْ فِي غَيْرِهَا كَأَنْ يُقَالَ: اشْتَرَيْتَ الْكَرَّ بِهَذَا الْعَبْدِ كَانَ مَبِيعًا وَلَا يَصِحُّ إِلَّا سَلَمًا بِشُرُوطِهِ.

هَذَا مُلَخَّصُ كَلَامِهِمْ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ. وَأَقُولُ: الْأَعْيَانُ ثَلَاثَةٌ: نُقُودٌ أَغْنِي الدَّرَاهِمَ وَالذَّنَانِيرَ، وَسِلْعٌ كَالثِّيَابِ وَالذُّورِ وَالْعَبِيدِ وَغَيْرِ ذَلِكَ. وَمُقَدَّرَاتٌ كَالْمَكِيلَاتِ وَالْمُزُونَاتِ وَالْعَدَدِيَّاتِ الْمُتَقَارِبَةِ، وَيَبِيعُ غَيْرُ التَّقْدِينِ بِالتَّقْدِينِ يَشْتَمِلُ عَلَى الْمَبِيعِ الْمَخْضِ وَالثَّمَنِ الْمَخْضِ، وَمَا عَدَا ذَلِكَ فَهُوَ مُتَرَدِّدٌ بَيْنَ كَوْنِهِ مَبِيعًا وَنَمْنًا، وَالتَّمْيِيزُ فِي اللَّفْظِ بِدُخُولِ الْبَاءِ وَعَدَمِهِ.

قَالَ (وَالْبَيْعُ بِالثَّمَنِ الْحَالِ وَالْمُؤَجَّلِ جَائِزٌ) لِإِطْلَاقِ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ وَلَمَّا رُوِيَ «أَنَّهُ ﷺ اشْتَرَى مِنْ يَهُودِيٍّ طَعَامًا إِلَى أَجَلٍ وَرَهْنَهُ دِرْعَهُ» لَكِنْ لَا بُدَّ وَأَنْ يَكُونَ الْأَجَلُ مَعْلُومًا لَعَلَّا يُفْضَى إِلَى مَا يَمْنَعُ الْوَاجِبَ بِالْعَقْدِ وَهُوَ التَّسْلِيمُ وَالتَّسَلُّمُ، فَرُبَّمَا يُطَالَبُ الْبَائِعُ فِي مُدَّةٍ قَرِيبَةٍ وَالْمُشْتَرِي يُؤَخَّرُ إِلَى بَعِيدِهَا.

قَالَ (وَمَنْ أَطْلَقَ الثَّمَنَ فِي الْبَيْعِ كَانَ عَلَى غَالِبِ نَقْدِ الْبَلَدِ)؛ لِأَنَّهُ الْمُتَعَارَفُ، وَفِيهِ التَّحَرِّيُّ لِلْجَوَازِ فَيُصْرَفُ إِلَيْهِ (فَإِنْ كَانَتْ النُّقُودُ مُخْتَلَفَةً فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ إِلَّا أَنْ يُبَيَّنَ أَحَدُهُمَا) وَهَذَا إِذَا كَانَ الْكُلُّ فِي الرُّوَاجِ سَوَاءً؛ لِأَنَّ الْجَهَالَتَ مُفْضِيَةً إِلَى الْمُنَازَعَةِ إِلَّا أَنْ تَرْتَفَعَ الْجَهَالَتُ بِالْبَيَانِ أَوْ يَكُونَ أَحَدُهُمَا أَغْلَبَ وَأَرَوَجَ فَحِينَئِذٍ يُصْرَفُ إِلَيْهِ تَحَرِّيًّا لِلْجَوَازِ وَهَذَا إِذَا كَانَتْ مُخْتَلَفَةً فِي الْمَالِيَّةِ، فَإِنْ كَانَتْ سَوَاءً فِيهَا كَالثَّنَائِيِّ وَالثَّلَاثِيِّ وَالتَّنْصُرَتِيَّ الْيَوْمَ بِسَمَرَقَنْدَ وَالْإِخْتِلَافُ بَيْنَ الْعَدَالِي بِفِرْعَانَةَ جَازَ الْبَيْعُ إِذَا أُطْلِقَ اسْمُ الدَّرْهِمِ، كَذَا قَالُوا، وَيَنْصَرَفُ إِلَى مَا قَدَرَهُ مِنْ أَيِّ نَوْعٍ كَانَ؛ لِأَنَّهُ لَا مُنَازَعَةَ وَلَا اخْتِلَافَ فِي الْمَالِيَّةِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ أَطْلَقَ الثَّمَنَ كَانَ عَلَى غَالِبِ نَقْدِ الْبَلَدِ) وَمَنْ أَطْلَقَ الثَّمَنَ عَنْ ذِكْرِ

الصِّفَّةِ دُونَ الْقَدْرِ كَانَ قَالَ اشْتَرَيْتَ بَعَشْرَةَ دَرَاهِمَ وَلَمْ يَقُلْ بُخَارِيًّا أَوْ سَمَرْقَنْدِيًّا وَقَعَ الْعَقْدُ عَلَى غَالِبِ نَقْدِ الْبَلَدِ، وَإِنْ كَانَ فِي الْبَلَدِ الَّذِي وَقَعَ فِيهِ الْعَقْدُ نُقُودٌ مُخْتَلِفَةٌ كَانَ الْعَقْدُ فَاسِدًا إِلَّا أَنْ يُبَيِّنَ أَحَدَهَا.

وَأَعْلَمُ أَنِّي أَذْكُرُ لَكَ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ الْأَقْسَامَ الْعَقْلِيَّةَ الْمُتَصَوِّرَةَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ إجمالاً ثُمَّ أَنْزَلَهَا عَلَى مَتْنِ الْكِتَابِ حَلَالاً لَهَا، فَإِنِّي مَا وَجَدْتُ مِنَ الشَّارِحِينَ مَنْ تَصَدَّى لَذَلِكَ عَلَى مَا يَتَّبِعِي فَأَقُولُ: إِذَا كَانَ فِي الْبَلَدِ نُقُودٌ مُخْتَلِفَةٌ، فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ الْاِخْتِلَافُ فِي الْمَالِيَّةِ وَالرَّوَاجِ، أَوْ فِي الْمَالِيَّةِ دُونَ الرَّوَّاجِ، أَوْ فِي الرَّوَّاجِ دُونَ الْمَالِيَّةِ، أَوْ لَا يَكُونُ فِي شَيْءٍ مِنْهُمَا بَلْ فِي مُجَرَّدِ الْأَسْمِ كَالْمِصْرِيِّ وَالْدَّمَشْقِيِّ مِثْلًا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ جَازَ الْبَيْعِ وَأَنْصَرَفَ إِلَى الْأَرْوَجِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي لَا يَجُوزُ لِأَنَّ الْجَهَالََةَ فِي الْمُنَازَعَةِ تُوقِفُهُمَا فِي الْمُنَازَعَةِ الْمَانِعَةِ مِنَ التَّسْلِيمِ وَالتَّسْلُمِ، وَإِنْ كَانَ الثَّلَاثُ يَجُوزُ وَيَنْصَرَفُ إِلَى الْأَرْوَجِ تَحَرُّيًا لِلْجَوَازِ، وَإِنْ كَانَ الرَّابِعُ فَكَذَلِكَ لِأَنَّ الْجَهَالََةَ لَيْسَتْ مُوقِفَةً فِي الْمُنَازَعَةِ الْمَانِعَةِ مِنَ التَّسْلِيمِ وَالتَّسْلُمِ.

وَإِذَا عُرِفَ هَذَا فَقَوْلُهُ (فَإِنْ كَانَتْ النُّقُودُ مُخْتَلِفَةً) يَعْنِي فِي الْمَالِيَّةِ كَالذَّهَبِ الْمِصْرِيِّ وَالْمَغْرِبِيِّ، فَإِنَّ الْمِصْرِيَّ أَفْضَلُ فِي الْمَالِيَّةِ مِنَ الْمَغْرِبِيِّ إِذَا فُرِضَ اسْتَوَاهُمَا فِي الرَّوَّاجِ (فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ) لِأَنَّ الْجَهَالََةَ تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ إِشَارَةً إِلَى الْقِسْمِ الثَّانِي، إِلَّا أَنْ تَرْتَفِعَ الْجَهَالََةُ بَيَّانَ أَحَدِهِمَا. فَحِينَئِذٍ يَجُوزُ.

وَقَوْلُهُ (أَوْ يَكُونُ أَحَدُهَا أَغْلَبَ وَأَرْوَجَ فَحِينَئِذٍ يُصْرَفُ الْبَيْعُ إِلَيْهِ تَحَرُّيًا لِلْجَوَازِ) إِشَارَةً إِلَى الْقِسْمِ الْأَوَّلِ أَوْ إِلَى الْقِسْمِ الثَّلَاثِ، لِأَنَّ كَوْنَ أَحَدِهَا أَرْوَجَ أَعْمٌ مِنْ أَنْ يَكُونَ مَعَ اخْتِلَافٍ فِي الْمَالِيَّةِ أَوْ مَعَ اسْتَوَاءِ الْبَيْعِ وَجَائِزٍ فِيهِمَا. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) أَيُّ فَسَادِ الْبَيْعِ إِذَا كَانَتْ مُخْتَلِفَةً فِي الْمَالِيَّةِ: يَعْنِي مَعَ الْاسْتَوَاءِ فِي الرَّوَّاجِ إِشَارَةً إِلَى الْقِسْمِ الثَّانِي. أَعَادَهُ لِلتَّمْثِيلِ بِقَوْلِهِ كَالثَّانِي وَهُوَ مَا يَكُونُ الْاِثْنَانِ مِنْهُ دَائِقًا وَالثَّلَاثِي وَهُوَ مَا يَكُونُ الثَّلَاثَةُ مِنْهُ دَائِقًا وَالثُّصْرَتِي الْيَوْمَ بِسَمَرْقَنْدَ فَإِنَّهُ بِمَنْزِلَةِ النَّاصِرِيِّ بِبُخَارَى، وَالاِخْتِلَافُ بَيْنَ الْعَدَالِي بِفِرْعَانَةَ وَفَقَهَاءَ مَا وَرَاءَ النَّهْرِ يُسَمُّونَ الدَّرْهَمَ عَدْلِيًّا، وَكُلُّ هَذَا يَخْتَلِفُ فِي الْمَالِيَّةِ مَعَ التَّسَاوِي فِي الرَّوَّاجِ.

وَقَوْلُهُ (فَإِنْ كَانَتْ سَوَاءً فِيهَا) أَيُّ فِي الْمَالِيَّةِ: يَعْنِي مَعَ الْاسْتَوَاءِ فِي الرَّوَّاجِ إِشَارَةً

إِلَى الْقِسْمِ الرَّابِعِ وَجَزَاءِ الشَّرْطِ قَوْلُهُ (جَازَ الْبَيْعُ إِذَا أُطْلِقَ اسْمُ الدَّرَاهِمِ كَذَا قَالُوا) أَيْ الْمَتَّاعُونَ مِنَ الْمَشَايِخِ (وَيَنْصَرِفُ) اسْمُ الدَّرَاهِمِ (إِلَى مَا قُدِّرَ بِهِ) مِنَ الْمِقْدَارِ كَعَشْرَةِ وَتَحْوِهَا (مِنْ أَيْ تَوْعِ كَانَ) مِنْ غَيْرِ تَقْيِيدٍ بِنَوْعٍ مُعَيَّنٍ لِأَنَّهُ لَا مُنَازَعَةَ لاسْتِوَائِهِمَا فِي الرُّوَاجِ

(وَلَا اخْتِلَافَ فِي الْمَالِيَّةِ) وَظَهَرَ مِنْ هَذَا تَعْقِيدُ كَلَامِ الشَّيْخِ رَحِمَهُ اللَّهُ. فَإِنَّهُ فَصَلَ بَيْنَ قَوْلِهِ إِذَا كَانَتْ مُخْتَلِفَةً فِي الْمَالِيَّةِ وَمِثَالُهُ وَهُوَ قَوْلُهُ كَالثَّنَائِي بِالشَّرْطِ وَهُوَ قَوْلُهُ فَإِنْ كَانَتْ سَوَاءً وَفَصَلَ بَيْنَ الشَّرْطِ هَذَا وَبَيْنَ جَزَائِهِ وَهُوَ قَوْلُهُ جَازَ الْبَيْعُ بِقَوْلِهِ كَالثَّنَائِي إِلَى قَوْلِهِ جَازَ، وَلَا يَسْتَقِيمُ أَنْ يُجْعَلَ قَوْلُهُ كَالثَّنَائِي إلخ مُتَعَلِّقًا بِقَوْلِهِ فَإِنْ كَانَتْ سَوَاءً لِأَنَّ مَا كَانَ اثْنَانِ مِنْهُ نَقَادًا وَثَلَاثَةً مِنْهُ دَائِقًا لَا يَكُونَانِ فِي الْمَالِيَّةِ سَوَاءً، لَكِنْ يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَا فِي الرُّوَاجِ سَوَاءً، هَذَا مَا سَتَحَ لِي فِي حَلِّ هَذَا الْمَوْضِعِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ (وَيَجُوزُ بَيْعُ الطَّعَامِ وَالْحُبُوبِ مَكَايِلَةً وَمُجَازَفَةً) وَهَذَا إِذَا بَاعَهُ بِخِلَافِ جِنْسِهِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «إِذَا اخْتَلَفَ النُّوعَانِ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ بَعْدَ أَنْ يَكُونَ يَدًا بِيَدٍ» ^(١) بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَهُ بِجِنْسِهِ مُجَازَفَةً لَمَا فِيهِ مِنْ اِحْتِمَالِ الرِّبَا وَلِأَنَّ الْجِهَالَتَةَ غَيْرُ مَانِعَةٍ مِنَ التَّسْلِيمِ وَالتَّسْلِيمِ فَشَابَهُ جِهَالَتَةُ الْقِيَمَةِ.

الشرح:

قَالَ (وَيَجُوزُ بَيْعُ الطَّعَامِ وَالْحُبُوبِ مَكَايِلَةً) الْمُرَادُ بِالطَّعَامِ الْحِنْطَةُ وَدَقِيقُهَا لِأَنَّهُ يَقَعُ عَلَيْهِمَا غُرْفًا، وَسَيَّانِي فِي الْوَكَاةِ، وَبِالْحُبُوبِ غَيْرُهُمَا كَالْعَدَسِ وَالْحِمَصِ وَأُمثَالِهِمَا، كُلُّ ذَلِكَ إِذَا بَاعَ مَكَايِلَةً جَازَ الْعَقْدُ سَوَاءً كَانَ الْبَيْعُ بِجِنْسِهِ أَوْ بِخِلَافِهِ. وَإِذَا بَاعَ (مُجَازَفَةً) فَإِنْ كَانَ شَيْئًا لَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْكِيلِ فَكَذَلِكَ وَإِنْ كَانَ مِمَّا يَدْخُلُ تَحْتَهُ لَا يَجُوزُ إِلَّا

(بِخِلَافِ جِنْسِهِ وَلِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «إِذَا اخْتَلَفَ النُّوعَانِ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ» لَا يُقَالُ: لَا دَلَالَةَ فِي الْحَدِيثِ عَلَى الْمَنْعِ عِنْدَ اتِّفَاقِ التَّوَعُّينِ لِأَنَّهُ مَفْهُومٌ مِنَ الشَّرْطِ. وَهُوَ لَيْسَ بِحُجَّةٍ لِأَنَّ الدَّلِيلَ عَلَى ذَلِكَ صَدْرُ الْحَدِيثِ. وَلِأَنَّ الْجِهَالَتَةَ مَانِعَةٌ

(١) قَالَ الزَّيْلَعِيُّ فِي نَصَبِ الرَّايَةِ (٧/٤): غَرِيبٌ هَذَا اللَّفْظُ، أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ فِي الْمَسَاقَاةِ (حَدِيثُ

إِذَا مَنَعَتْ التَّسْلِيمَ، وَهَذِهِ الْجَهَالَةُ غَيْرُ مَانِعَةٍ فَصَارَ كَمَا إِذَا بَاعَ شَيْئًا لَمْ يَعْلَمْ الْعَاقِدَانِ قِيمَتَهُ بِدِرْهِمٍ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ بِجِنْسِهِ مُجَازَفَةً لَمَا فِيهِ مِنْ اِحْتِمَالِ الرُّبَا
 قَالَ (وَيَجُوزُ بِإِنَاءٍ بَعِيْنِهِ لَا يُعْرَفُ مِقْدَارُهُ وَيُوزَنُ حَجَرٍ بَعِيْنِهِ لَا يُعْرَفُ مِقْدَارُهُ)؛
 لِأَنَّ الْجَهَالَةَ لَا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ لَمَّا أَنَّهُ يَتَعَجَّلُ فِيهِ التَّسْلِيمُ فَيَنْدَرُ هَلَاكُهُ قَبْلَهُ بِخِلَافِ
 السَّلْمِ؛ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ فِيهِ مُتَأَخَّرٌ وَالهَلَاكُ لَيْسَ بِنَادِرٍ قَبْلَهُ فَتَتَحَقَّقُ الْمُنَازَعَةُ. وَعَنْ أَبِي
 حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي الْبَيْعِ أَيْضًا، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ وَأَظْهَرُ

الشرح:

قَالَ (وَيَجُوزُ) بِإِنَاءٍ بَعِيْنِهِ إِذَا بَاعَ الطَّعَامَ أَوْ الْحُبُوبَ (بِإِنَاءٍ بَعِيْنِهِ أَوْ يُوَزَنُ حَجَرٍ بَعِيْنِهِ لَا يُعْرَفُ مِقْدَارُهُمَا جَانِ) لِأَنَّ الْجَهَالَةَ الْمَانِعَةَ مَا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ، وَهَذِهِ لَيْسَتْ كَذَلِكَ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ فِي الْبَيْعِ مُتَعَجَّلٌ فَيَنْدَرُ هَلَاكُ كُلِّ مِنْهُمَا مِنَ الْإِنَاءِ وَالْحَجَرِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ. وَقِيلَ يُشْكَلُ عَلَى هَذَا مَا إِذَا بَاعَ أَحَدَ الْعِيدِ الْأَرْبَعَةِ عَلَى أَنَّ الْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ يَأْخُذُ أَيُّهُمْ شَاءَ وَيَرُدُّ الْبَاقِينَ، أَوْ اشْتَرَى بِأَيِّ ثَمَنٍ شَاءَ فَإِنَّ الْجَهَالَةَ لَمْ تُفْضِ إِلَى الْمُنَازَعَةِ وَالْبَيْعُ بَاطِلٌ، وَلَيْسَ بِوَارِدٍ لَأَنَّا قُلْنَا إِنَّ الْجَهَالَةَ الْمُفْضِيَةَ إِلَى النَّزَاعِ مُفْسِدَةٌ لِلْعَقْدِ وَهَذَا لَا نَزَاعَ فِيهِ.

وَلَمْ تَقُلْ إِنَّ كُلَّ مَا هُوَ بَاطِلٌ لَا بُدَّ وَأَنْ يَكُونَ لِلْجَهَالَةِ، فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْبَيْعُ بَاطِلًا لَمَعْنَى آخَرَ وَهُوَ عَدَمُ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ لَكَوْنِهِ غَيْرَ مُعَيَّنٍ فِي الْأَوَّلَى وَلَعَدَمِ الثَّمَنِ فِي الثَّانِيَةِ، وَرَوَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ الْجَوَازَ فِيمَا إِذَا كَانَ الْمِكْيَالُ لَا يَنْكَبِسُ بِالْكَبْسِ كَالْقَصْعَةِ وَنَحْوَهَا، أَمَّا إِذَا كَانَ مِمَّا يَنْكَبِسُ كَالزُّبَيْلِ وَنَحْوِهِ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ، بِخِلَافِ السَّلْمِ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ بِإِنَاءٍ مَجْهُولِ الْقَدْرِ وَإِنْ كَانَ مُعَيَّنًا، وَكَذَا الْحَجَرُ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ فِيهِ مُتَأَخَّرٌ، وَالهَلَاكُ لَيْسَ بِنَادِرٍ قَبْلَهُ فَتَتَحَقَّقُ الْمُنَازَعَةُ.

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي رِوَايَةِ الْحَسَنِ بْنِ زِيَادٍ أَنَّ الْبَيْعَ أَيْضًا لَا يَجُوزُ كَالسَّلْمِ لِأَنَّ الْبَيْعَ فِي الْمِكْيَالِ وَالْمُوزُونَاتِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مُجَازَفَةً أَوْ يَذْكُرَ الْقَدْرَ، فَفِي الْمُجَازَفَةِ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ هُوَ مَا يُشَارُ إِلَيْهِ وَلَا مُعْتَبَرٌ بِالْمِيعَارِ، وَفِي غَيْرِهَا هُوَ مَا يُسَمَّى مِنَ الْقَدْرِ وَلَمْ يُوَجَدْ شَيْءٌ مِنْهُمَا فَإِنَّ " الْفَرْضَ عَدَمُ الْمُجَازَفَةِ، وَالْمِكْيَالُ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَعْلُومًا لَمْ يُسَمَّ شَيْءٌ مِنَ الْقَدْرِ (وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ) يَعْنِي مِنْ حَيْثُ الدَّلِيلُ فَإِنَّ الْمِيعَارَ الْمُعَيَّنَ لَمْ يَتَفَاعَدَ عَنْ

الْمَجَازَفَةِ (وَأُظْهِرُ) يَعْنِي مِنْ حَيْثُ الرِّوَايَةُ.

(قَالَ وَمَنْ بَاعَ صُبْرَةَ طَعَامٍ كُلُّ قَفِيزٍ بِدِرْهَمٍ جَازَ الْبَيْعُ فِي قَفِيزٍ وَاحِدٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِلَّا أَنْ يُسَمَّى جُمْلَةً قُفْزَانَهَا وَقَالَ يَجُوزُ فِي الْوَجْهَيْنِ) لَهُ أَنَّهُ تَعَذَّرَ الصَّرْفُ إِلَى الْكُلِّ لَجَهَالَةِ الْمُبِيعِ وَالثَّمَنِ فَيُصْرَفُ إِلَى الْأَقْلِ وَهُوَ مَعْلُومٌ، وَإِلَّا أَنْ تَزُولَ الْجَهَالَةُ بِتَسْمِيَةِ جَمِيعِ الْقُفْزَانِ أَوْ بِالْكَيْلِ فِي الْمَجْلِسِ، وَصَارَ هَذَا كَمَا لَوْ أَقَرَّ وَقَالَ لِفُلَانٍ عَلَيَّ كُلُّ دِرْهَمٍ فَعَلَيْهِ دِرْهَمٌ وَاحِدٌ بِالْإِجْمَاعِ. وَلَهُمَا أَنْ الْجَهَالَةَ بِيَدَيْهِمَا إِزَالَتَهَا وَمِثْلُهَا غَيْرُ مَانِعٍ، وَكَمَا إِذَا بَاعَ عَبْدًا مِنْ عَبْدَيْنِ عَلَى أَنْ الْمُشْتَرِيَ بِالْخِيَارِ. ثُمَّ إِذَا جَازَ فِي قَفِيزٍ وَاحِدٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فَلِلْمُشْتَرِيَ الْخِيَارُ لَتَفَرُّقِ الصَّفَقَةِ عَلَيْهِ، وَكَذَا إِذَا كَيْلَ فِي الْمَجْلِسِ أَوْ سَمِيَ جُمْلَةً قُفْزَانَهَا؛ لِأَنَّهُ عَلِمَ ذَلِكَ الْآنَ فَلَهُ الْخِيَارُ، كَمَا إِذَا رَأَهُ وَلَمْ يَكُنْ رَأَهُ وَقَتَ الْبَيْعِ

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ صُبْرَةَ طَعَامٍ) إِذَا قَالَ الْبَائِعُ بِعْتُكَ هَذِهِ الصُّبْرَةَ كُلُّ قَفِيزٍ بِدِرْهَمٍ، فَإِمَّا أَنْ يَعْلَمَ مِقْدَارَهَا فِي الْمَجْلِسِ بِتَسْمِيَةِ جُمْلَةِ الْقُفْزَانِ أَوْ بِالْكَيْلِ فِي الْمَجْلِسِ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَالْبَيْعُ جَائِزٌ وَالْمُبِيعُ عَلَيْهِ مَا فِيهَا مِنَ الْقُفْزَانِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَالْبَيْعُ قَفِيزٌ وَاحِدٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَجُمْلَةُ الْقُفْزَانِ كَالأَوَّلِ عِنْدَهُمَا. لِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ صَرْفَ اللَّفْظِ إِلَى الْكُلِّ مُتَعَذِّرٌ لَجَهَالَةِ الْمُبِيعِ وَالثَّمَنِ جَهَالَةُ تَنْفُضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ لِأَنَّ الْبَائِعَ يَطْلُبُ تَسْلِيمَ الثَّمَنِ أَوَّلًا وَالثَّمَنُ غَيْرُ مَعْلُومٍ فَيَقَعُ التَّزَاغُ وَإِذَا تَعَذَّرَ الصَّرْفُ إِلَى الْكُلِّ صُرِفَ إِلَى الْأَقْلِ وَهُوَ مَعْلُومٌ إِلَّا أَنْ تَزُولَ الْجَهَالَةُ فِي الْمَجْلِسِ بِأَحَدِ الْأُمْرَيْنِ الْمَذْكُورَيْنِ فَيَجُوزُ، لِأَنَّ سَاعَاتِ الْمَجْلِسِ بِمَنْزِلَةِ سَاعَةٍ وَاحِدَةٍ كَمَا تَقَدَّمَ.

فَإِنْ قِيلَ: سَلَمْنَا ائْعَادَهُ فَاسِدًا لَكِنْ يَنْقَلِبُ جَائِزًا كَمَا إِذَا كَانَ فَاسِدًا بِحُكْمِ أَجَلٍ مَجْهُولٍ أَوْ شَرِطَ الْخِيَارُ أَرْبَعَةَ أَيَّامٍ أَجِيبُ بِأَنَّ الْفَسَادَ فِي صُلْبِ الْعَقْدِ قَوِيٌّ يَمْنَعُ مِنَ الْإِنْقِلَابِ وَيُقَيِّدُهُ بِالْمَجْلِسِ، وَمَا ذَكَرْتُمْ فَالْفَسَادُ فِيهِ لَيْسَ فِي صُلْبِ الْعَقْدِ بَلْ لِأَمْرِ عَارِضٍ فَلَا يَتَقَيَّدُ بِالْمَجْلِسِ لَضَعْفِهِ لظُهُورِ أَثَرِهِ فِي الْيَوْمِ الرَّابِعِ وَبِمُتَدَادِ الْأَجَلِ

(وَلَهُمَا أَنْ هَذِهِ جَهَالَةُ إِزَالَتِهَا فِي أَيْدِيهِمَا وَمَا كَانَ كَذَلِكَ فَهُوَ غَيْرُ مَانِعٍ) أَمَّا أَنْ إِزَالَتَهَا بِأَيْدِيهِمَا فَلَاغَتْهَا تَرْتَفِعُ بِكَيْلِ كُلِّ مِنْهُمَا، وَقَيَّدَ بِقَوْلِهِ يَدَيْهِمَا اخْتِرَازًا عَنِ الْبَيْعِ بِالرَّقْمِ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ، لِأَنَّ إِزَالَتَهَا إِمَّا يَدِ الْبَائِعِ إِنْ كَانَ هُوَ الرَّاقِمُ، أَوْ يَدِ الْغَيْرِ إِنْ كَانَ

الرَّاقِمُ غَيْرُهُ، وَعَلَى كُلِّ حَالٍ فَالْمُشْتَرِي لَا يَقْدِرُ عَلَى إِزَالَتِهَا، وَأَمَّا أَنْ كُلَّ مَا هُوَ كَذَلِكَ فَهُوَ غَيْرُ مَانِعٍ فَكَمَا إِذَا بَاعَ عَبْدًا مِنْ عَبْدَيْنِ عَلَى أَنَّ الْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ وَأُجِيبَ لِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْقِيَاسَ فِيهِ الْفَسَادُ أَيْضًا، إِلَّا أَنَا جَوَزْنَاهُ اسْتِحْسَانًا بِالنَّصِّ.

وَمَعْنَاهُ أَنَّهُ فِي مَعْنَى مَا وَرَدَ بِهِ النَّصُّ عَلَى مَا سَيَأْتِي فَيَكُونُ ثَابِتًا بِدَلَالَةِ النَّصِّ وَالِاسْتِحْسَانُ لَا يَتَعَدَّى إِلَى غَيْرِهِ، وَلِهَذَا لَمْ يُجَوِّزْهُ أَبُو حَنِيفَةَ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا، ثُمَّ إِذَا جَازَ فِي قَفِيزٍ وَاحِدٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ كَانَ لِلْمُشْتَرِي الْخِيَارَ لِتَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ عَلَيْهِ دُونَ الْبَائِعِ، لِأَنَّ التَّفْرِيقَ وَإِنْ كَانَ فِي حَقِّهِ أَيْضًا لَكِنَّهُ جَاءَ مِنْ قَبْلِهِ بِالِامْتِنَاعِ عَنْ تَسْمِيَةِ جُمْلَةِ الْقُفْرَانِ فَكَانَ رَاضِيًا بِهِ.

وَهَذَا صَحِيحٌ إِذَا عَلِمَهَا وَلَمْ يُسَمِّ، وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِهَا فَالْوَجْهُ أَنَّهُ نَزَلَ مَنْزِلَةً مَنْ بَاعَ مَا لَمْ يَرَاهُ لَمَّا يَأْتِي فَلَا خِيَارَ لَهُ، وَفِيهِ بَحْثٌ. أَمَّا أَوَّلًا فَلَأَنَّ تَفْرِيقَ الصَّفَقَةِ لَوْ اسْتَلْزَمَ الْخِيَارَ لَا طَرَدَ وَلَيْسَ كَذَلِكَ، فَإِنَّهُ إِذَا بَاعَ الرَّجُلَانِ عَبْدًا مُشْتَرَكًا بِأَلْفٍ ثُمَّ اشْتَرَى أَحَدُهُمَا الْكُلَّ بِخَمْسِمِائَةٍ قَبْلَ نَقْدِ الثَّمَنِ فَإِنَّهُ يَجُوزُ فِي نَصِيبِ الشَّرِيكَ وَلَا يَجُوزُ فِي نَصِيبِهِ وَلَا خِيَارَ لَهُ، فَهَاهُنَا تَفَرَّقَتِ الصَّفَقَةُ وَلَمْ يُوْجَدْ الْخِيَارُ.

وَأَمَّا ثَانِيًا فَلَأَنَّ قِيَاسَ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ لَا يُخَيَّرُ الْمُشْتَرِي لِلزُّومِ انْصِرَافَ الْبَيْعِ إِلَى الْوَاحِدِ لِعِلْمِهِ كَمَا لَوْ اشْتَرَى قِنًا مَعَ مُدَبَّرٍ فَإِنَّهُ لَا خِيَارَ لَهُ فِي الْقِنِّ لِعِلْمِهِ أَنَّ الْبَيْعَ يَنْصَرِفُ إِلَيْهِ. وَالْحَاصِلُ أَنَّ الْخِيَارَ يُوجِبُ التَّفْرِيقَ وَالتَّفْرِيقُ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ أَنْ لَوْ كَانَ الْعَقْدُ وَارِدًا عَلَى الْكُلِّ وَالْمُشْتَرِي يَقْبَلُ الْبَعْضَ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ هَاهُنَا عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَالْجَوَابُ عَنْ الْأَوَّلِ أَنَّا لَا نُسَلِّمُ تَفْرِيقَ الصَّفَقَةِ لِأَنَّ الشَّرَاءَ لَمْ يَقَعْ عَلَى الْكُلِّ حَتَّى يَكُونَ صَرْفُهُ إِلَى الْبَعْضِ تَفْرِيقًا، وَإِنَّمَا وَقَعَ عَلَى نَصِيبِ شَرِيكِهِ لَا غَيْرَ لِأَنَّ فِي وَقُوعِهِ عَلَى نَصِيبِهِ يَلْزَمُ شِرَاءُ مَا بَاعَ بِأَقْلٍ مِمَّا بَاعَ قَبْلَ نَقْدِ الثَّمَنِ وَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ فَصَارَ كَمَنْ اشْتَرَى قِنًا وَمُدَبَّرًا فَإِنَّ الْبَيْعَ يَنْصَرِفُ إِلَى الْقِنِّ فَقَطَّ لِأَنَّ الْمُدَبَّرَ لَا يَقْبَلُ الثَّقْلَ وَلَا خِيَارَ لَهُ فِي الْقِنِّ.

وَعَنْ الثَّانِي بَأَنِّ انْصِرَافِ الْبَيْعِ إِلَى قَفِيزٍ وَاحِدٍ مُجْتَهِدٌ فِيهِ، وَالْعَوَامُّ لَا عِلْمَ لَهُمْ بِأَحْكَامِ الْمَسَائِلِ الْمُجْتَهِدُ فِيهَا فَلْيَلْزَمْ تَفْرِيقُ الصَّفَقَةِ عَلَى قَوْلِهِمَا وَإِنْ لَمْ يَلْزَمْ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَهَذَا ضَعِيفٌ لِأَنَّ قَوْلَهُمَا إِنَّ الْكُلَّ مَبِيعٌ فَمِنْ أَيْنَ التَّفْرِيقُ. وَالْأَوَّلَى أَنْ يُقَالَ: قِيَاسُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ تَفْرِيقُ الصَّفَقَةِ لِأَنَّ الصِّعَةَ مَوْضُوعَةٌ لِلْكَثْرَةِ وَقَصْدُهُمَا أَيْضًا الْكَثْرَةُ

وَمَا ثَمَّةَ مَانِعٍ شَرْعِيٍّ عَنِ الصَّرْفِ إِلَى الْجَمِيعِ، وَلِهَذَا لَوْ عُلِمَ الْمَقْدَارُ فِي الْمَجْلِسِ جَازًا، وَالصَّرْفُ إِلَى الْأَقْلَ بِاعْتِبَارِ تَعْدُرِ الْكُلِّ لِلْجَهَالَةِ صَرْفُ الْعَقْدِ إِلَى بَعْضِ مَا ذَلَّ عَلَيْهِ اللَّفْظُ مِنَ الْمَبِيعِ وَقَصْدُهُ الْعَاقِدَانِ، وَلَيْسَ تَفْرِيقُ الصَّفَقَةِ إِلَى ذَلِكَ.

بَقِيَ أَنْ يُقَالَ فَكَانَ الْوَاجِبُ أَنْ يَثْبُتَ الْخِيَارُ لِلْعَاقِدَيْنِ جَمِيعًا، وَقَدْ تَقَدَّمَ الْجَوَابُ فِي صَدْرِ هَذَا الْبَحْثِ عَنْهُ (قَوْلُهُ وَكَذَا إِذَا كِيلَ فِي الْمَجْلِسِ أَوْ سُمِّيَ جَمِيعُ قُفْرَانِهَا) يَعْنِي كَانَ لِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ لَكِنْ لَا بِذَلِكَ التَّغْلِيلُ بَلْ بِمَا قَالَ لِأَنَّهُ عُلِمَ ذَلِكَ الْآنَ، فَرُبَّمَا كَانَ فِي حَدْسِهِ أَوْ ظَنَّهُ أَنَّ الصُّبْرَةَ تَأْتِي بِمَقْدَارٍ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ فَرَادَتْ وَلَيْسَ لَهُ مِنَ الثَّمَنِ مَا يُقَابِلُهُ وَلَا يَتِمَّكُنُ مِنْ أَخْذِ الزَّائِدِ مَجَانًا، وَفِي تَرْكِهِ تَفْرِيقُ الصَّفَقَةِ عَلَى الْبَائِعِ أَوْ تَقَصَّتْ فَيَحْتَاجُ أَنْ يَشْتَرِيَ مِنْ مَكَانٍ آخَرَ وَهَلْ يُوَافِقُ أَوْ لَا فَصَارَ كَمَا إِذَا رَأَاهُ وَلَمْ يَكُنْ رَأَاهُ وَقَتَ الْبَيْعِ، وَهَكَذَا فِي الْمَوْزُونَاتِ وَالْمَعْدُودَاتِ الْمُتَفَارِقَةِ.

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ قَطِيعَ غَنَمٍ كُلُّ شَاةٍ بِدِرْهَمٍ فَسَدَ الْبَيْعُ فِي جَمِيعِهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَكَذَلِكَ مَنْ بَاعَ ثَوْبًا مُذَارَعَةً كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ وَلَمْ يُسَمَّ جُمْلَةَ الذَّرْعَانِ، وَكَانَ كُلُّ مَعْدُودٍ مُتَفَاوِتٍ، وَعِنْدَهُمَا يَجُوزُ فِي الْكُلِّ لَمَّا قُلْنَا، وَعِنْدَهُ يَنْصَرِفُ إِلَى الْوَاحِدِ) لَمَّا بَيَّنَّا غَيْرَ أَنَّ بَيْعَ شَاةٍ مِنْ قَطِيعِ غَنَمٍ وَذِرَاعٍ مِنْ ثَوْبٍ لَا يَجُوزُ لِلتَّفَاوُتِ. وَبَيْعُ قَفِيزٍ مِنْ صُبْرَةٍ يَجُوزُ لِعَدَمِ التَّفَاوُتِ فَلَا تُفْضِي الْجَهَالَةُ إِلَى الْمُنَازَعَةِ فِيهِ، وَتَقْضِي إِلَيْهَا فِي الْأَوَّلِ فَوُضِعَ الْفَرْقُ

الشرح:

وَأَمَّا إِذَا بَاعَ قَطِيعَ غَنَمٍ كُلُّ شَاةٍ بِدِرْهَمٍ فَالْبَيْعُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الْجَمِيعِ فَاسِدٌ، وَقِيَاسُ قَوْلِهِ الصَّرْفُ إِلَى الْوَاحِدِ كَمَا فِي الْمَكِيلَاتِ) إِلَّا أَنَّ التَّفَاوُتَ بَيْنَ الشَّيْءِ مَوْجُودٌ وَفِي ذَلِكَ جَهَالَةٌ تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ، بِخِلَافِ الْمَكِيلَاتِ وَحُكْمُ الْمَذْرُوعَاتِ إِذَا بَاعَتْ مُزَارَعَةً حُكْمُ الْغَنَمِ إِذَا لَمْ يُبَيَّنْ جُمْلَةُ الذَّرْعَانِ وَجُمْلَةُ الثَّمَنِ، وَأَمَّا إِذَا بَيَّنَّهُمَا أَوْ أَحَدَهُمَا كَمَا إِذَا قَالَ بَعْتُكَ هَذَا الثَّوْبَ وَهُوَ عَشْرَةُ أَذْرُعٍ بِعَشْرَةِ دَرَاهِمٍ كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ، أَوْ قَالَ بَعْتُكَ هَذَا الثَّوْبَ وَهُوَ عَشْرَةُ أَذْرُعٍ كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ، أَوْ قَالَ بَعْتُكَ هَذَا الثَّوْبَ بِعَشْرَةِ دَرَاهِمٍ كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ فَصَحِيحٌ.

أَمَّا الْأُولَى فَظَاهِرَةٌ، وَأَمَّا الثَّانِيَةُ فَلَأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ مَعْلُومٌ، وَجُمْلَةُ الثَّمَنِ صَارَتْ مَعْلُومَةً بَيَّانَ ذُرْعَانِ الثَّوْبِ، وَأَمَّا الثَّالِثَةُ فَلِأَنَّهُ لَمَّا سُمِّيَ لِكُلِّ ذِرَاعٍ دِرْهَمًا وَبَيَّنَّ جُمْلَةَ

الثَّمَنِ صَارَ جَمِيعُ الذُّرْعَانِ مَعْلُومًا، وَكَذَا كُلُّ مَعْدُودٍ مُتَّفَاوِتٍ كَالْخَشَبِ وَالْأَوَانِي، وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَهُوَ جَائِزٌ فِي الْكُلِّ لَمَّا قُلْنَا.

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ قَطِيعَ غَنَمٍ كُلَّ شَاةٍ بِدِرْهِمٍ فَسَدَ الْبَيْعُ فِي جَمِيعِهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَكَذَلِكَ مَنْ بَاعَ ثَوْبًا مُذَارَعَةً كُلَّ ذِرَاعٍ بِدِرْهِمٍ وَلَمْ يُسَمَّ جُمْلَةَ الذُّرْعَانِ، وَكَانَ كُلُّ مَعْدُودٍ مُتَّفَاوِتٍ، وَعِنْدَهُمَا يَجُوزُ فِي الْكُلِّ لَمَّا قُلْنَا، وَعِنْدَهُ يَنْصَرِفُ إِلَى الْوَاحِدِ) لَمَّا بَيَّنَّا غَيْرَ أَنَّ بَيْعَ شَاةٍ مِنْ قَطِيعِ غَنَمٍ وَذِرَاعٍ مِنْ ثَوْبٍ لَا يَجُوزُ لِلتَّفَاوُتِ وَبَيْعُ قَفِيزٍ مِنْ صُبْرَةٍ يَجُوزُ لِعَدَمِ التَّفَاوُتِ فَلَا تُفْضِي الْجَهَالَةُ إِلَى الْمُنَازَعَةِ فِيهِ، وَتَقْضِي إِلَيْهَا فِي الْأَوَّلِ فَوَضَحَ الْفَرْقَ

الشرح:

وَأَمَّا إِذَا بَاعَ قَطِيعَ غَنَمٍ كُلَّ شَاةٍ بِدِرْهِمٍ فَالْبَيْعُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الْجَمِيعِ فَاسِدٌ، وَقِيَاسُ قَوْلِهِ الصَّرْفُ إِلَى الْوَاحِدِ كَمَا فِي الْمَكِيلَاتِ) إِلَّا أَنَّ التَّفَاوُتَ بَيْنَ الشَّيْءِ مَوْجُودٌ وَفِي ذَلِكَ جَهَالَةٌ تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ، بِخِلَافِ الْمَكِيلَاتِ وَحُكْمُ الْمَذْرُوعَاتِ إِذَا بَاعَتْ مُزَارَعَةً حُكْمُ الْغَنَمِ إِذَا لَمْ يُبَيَّنْ جُمْلَةُ الذُّرْعَانِ وَجُمْلَةُ الثَّمَنِ، وَأَمَّا إِذَا بَيَّنَّهُمَا أَوْ أَحَدَهُمَا كَمَا إِذَا قَالَ بَعْتُكَ هَذَا الثَّوْبَ وَهُوَ عَشْرَةُ أَذْرُعٍ بِعَشْرَةِ دِرْهَمٍ كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرْهِمٍ، أَوْ قَالَ بَعْتُكَ هَذَا الثَّوْبَ وَهُوَ عَشْرَةُ أَذْرُعٍ كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرْهِمٍ، أَوْ قَالَ بَعْتُكَ هَذَا الثَّوْبَ بِعَشْرَةِ دِرْهَمٍ كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرْهِمٍ فَصَحِيحٌ. أَمَّا الْأُولَى فَظَاهِرَةٌ، وَأَمَّا الثَّانِيَةُ فَلَأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ مَعْلُومٌ، وَجُمْلَةُ الثَّمَنِ صَارَتْ مَعْلُومَةً بَيَانِ ذُرْعَانِ الثَّوْبِ، وَأَمَّا الثَّلَاثَةُ فَلَأَنَّهُ لَمَّا سَمِيَ لِكُلِّ ذِرَاعٍ دِرْهَمًا وَبَيَّنَّ جُمْلَةَ الثَّمَنِ صَارَ جَمِيعُ الذُّرْعَانِ مَعْلُومًا، وَكَذَا كُلُّ مَعْدُودٍ مُتَّفَاوِتٍ كَالْخَشَبِ وَالْأَوَانِي، وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَهُوَ جَائِزٌ فِي الْكُلِّ لَمَّا قُلْنَا.

قَالَ (وَمَنْ ابْتَاعَ صُبْرَةَ طَعَامٍ عَلَى أَنَّهَا مِائَةٌ قَفِيزٍ بِمِائَةِ دِرْهِمٍ فَوَجَدَهَا أَقَلَّ كَانَ الْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَخَذَ الْمَوْجُودَ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ، وَإِنْ شَاءَ فَسَخَ الْبَيْعَ) لَتَفَرُّقِ الصِّفَتِ عَلَيْهِ قَبْلَ التَّمَامِ، فَلَمْ يَتِمَّ رِضَاؤُهُ بِالْمَوْجُودِ، وَإِنْ وَجَدَهَا أَكْثَرَ فَالزِّيَادَةُ لِلْبَائِعِ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ وَقَعَ عَلَى مِقْدَارٍ مُعَيَّنٍ وَالْقَدْرُ لَيْسَ بِوَصْفٍ

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ ابْتَاعَ صُبْرَةَ طَعَامٍ عَلَى أَنَّهَا مِائَةٌ قَفِيزٍ بِمِائَةِ دِرْهِمٍ) فَلَا يَخْلُو عِنْدَ

الْكَيْلِ مَنْ أَنْ يَكُونَ مِثْلَ ذَلِكَ أَوْ أَقَلَّ مِنْهُ أَوْ أَكْثَرَ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي خَيْرَ الْمُشْتَرِي بَيْنَ أَخْذِ الْمَوْجُودِ بِحَصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ وَبَيْنَ الْفَسْخِ لِتَفَرُّقِ الصَّفَقَةِ الْمَوْجِبِ لِاتِّفَاءِ الْبَيْعِ بِاتِّفَاءِ الرِّضَا، وَإِنْ كَانَ الثَّالِثُ فَالزَّائِدُ لِلْبَائِعِ لِأَنَّ الْبَيْعَ وَقَعَ عَلَى مِقْدَارٍ مُعَيَّنٍ وَهُوَ الْمِائَةُ وَكُلُّ مَا وَقَعَ عَلَى مِقْدَارٍ مُعَيَّنٍ لَا يَتَنَاولُ غَيْرَهُ إِلَّا إِذَا كَانَ وَصْفًا.

وَالْقَدْرُ أَيُّ الْقَدَرِ الزَّائِدُ عَلَى الْمِقْدَارِ الْمُعَيَّنِ لَيْسَ بِوَصْفٍ فَالْبَيْعُ لَا يَتَنَاولُهُ فَكَانَ لِلْبَائِعِ لَا يَجِبُ تَسْلِيمُهُ إِلَّا بِصَفَقَةٍ عَلَى حِدَةٍ، وَكَذَا قَبْضُ الْمُشْتَرِي وَكَانَ كُلُّ مَنْ الْعَاقِلَيْنِ مُخَيَّرًا فِيهَا إِنْ شَاءَ بَاشَرَهَا أَوْ تَرَكَهَا وَإِذَا كَانَ الْمُشْتَرِي مَذْرُوعًا كَانَ اشْتَرَى ثَوْبًا عَلَى أَنَّهُ عَشْرَةُ أَذْرُعٍ بِعَشْرَةِ دَرَاهِمٍ أَوْ أَرْضًا عَلَى أَنَّهَا مِائَةُ ذِرَاعٍ فَوَجَدَهَا أَقَلَّ خَيْرَ الْمُشْتَرِي بَيْنَ أَخْذِ الْمَوْجُودِ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ الْمُسَمًّى وَبَيْنَ تَرْكِهِ لِأَنَّ الذِّرَاعَ وَصَفٌ فِي الثَّوْبِ الْمُبِيعِ.

وَكُلُّ مَا هُوَ وَصْفٌ فِي الْبَيْعِ لَا يُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ فَالذِّرَاعُ فِي الثَّوْبِ لَا يُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ، أَمَّا أَنَّهُ وَصَفٌ فَقَدْ بَيَّنَّهُ بِقَوْلِهِ: أَلَا تَرَى أَنَّهُ عِبَارَةٌ عَنِ الطُّولِ وَالْعَرْضِ وَهُمَا مِنَ الْأَعْرَاضِ، وَأَمَّا أَنْ الْوَصْفَ لَا يُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ فَقَدْ بَيَّنَّهُ بِقَوْلِهِ كَأَطْرَافِ الْحَيَوَانِ، فَإِنْ مَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً فَاعْوَرَّتْ فِي يَدِ الْبَائِعِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ لَا يُنْقَضُ مِنَ الثَّمَنِ شَيْءٌ، فَلِهَذَا أَيُّ فَلِكُونِ الذِّرْعِ وَصْفًا لَا يُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ يَأْخُذُ الْمَوْجُودَ بِكُلِّ الثَّمَنِ، بِخِلَافِ الْفَصْلِ الْأَوَّلِ: يَعْنِي الْمِكِيلَ لِأَنَّ الْمِقْدَارَ لَيْسَ بِوَصْفٍ فَيُقَابِلُهُ الثَّمَنُ فَلِهَذَا يَأْخُذُهُ بِحَصَّتِهِ

(وَمَنْ اشْتَرَى ثَوْبًا عَلَى أَنَّهُ عَشْرَةُ أَذْرُعٍ بِعَشْرَةِ دَرَاهِمٍ أَوْ أَرْضًا عَلَى أَنَّهَا مِائَةُ ذِرَاعٍ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ فَوَجَدَهَا أَقَلَّ فَالْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ أَخَذَهَا بِجُمْلَةِ الثَّمَنِ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ؛ لِأَنَّ الذِّرَاعَ وَصَفٌ فِي الثَّوْبِ؛ أَلَا يَرَى أَنَّهُ عِبَارَةٌ عَنِ الطُّولِ وَالْعَرْضِ، وَالْوَصْفُ لَا يُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ كَأَطْرَافِ الْحَيَوَانِ فَلِهَذَا يَأْخُذُهُ بِكُلِّ الثَّمَنِ، بِخِلَافِ الْفَصْلِ الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّ الْمِقْدَارَ يُقَابِلُهُ الثَّمَنُ فَلِهَذَا يَأْخُذُهُ بِحَصَّتِهِ، إِلَّا أَنَّهُ يَتَخَيَّرُ لِفَوَاتِ الْوَصْفِ الْمَذْكُورِ لِتَغْيِيرِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ فَيَخْتَلُ الرِّضَا. قَالَ (وَإِنْ وَجَدَهَا أَكْثَرَ مِنَ الذِّرَاعِ الَّذِي سَمَّاهُ فَهُوَ لِلْمُشْتَرِي وَلَا خِيَارَ لِلْبَائِعِ)؛ لِأَنَّهُ صِفَةٌ، فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ مَا إِذَا بَاعَهُ مَعِيْبًا، فَإِذَا هُوَ سَلِيمٌ.

الشرح:

(وَقَالَ إِلَّا أَنَّهُ يَتَخَيَّرُ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ يَأْخُذُ بِكُلِّ الثَّمَنِ، وَعَلَى هَذَا إِذَا وَجَدَهَا أَكْثَرَ مِنَ الذَّرَاعِ الَّذِي سَمَّاهُ كَانَ الزَّائِدُ لِلْمُشْتَرِي وَلَا خِيَارَ لِلْبَائِعِ لِأَنَّهُ وَصَفَ تَابِعَ لِلْمَبِيعِ لَا يُقَابَلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا بَاعَ عَبْدًا عَلَى أَنَّهُ أَعْمَى فَإِذَا هُوَ بَصِيرٌ. وَاعْلَمْ أَنَّ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ مِنْ أَشْكَلِ مَسَائِلِ الْفَقْهِ، وَقَدْ مُنِعَ أَنْ يَكُونَ الذَّرَاعُ فِي الْمَذْرُوعَاتِ وَصَفًا، وَالْإِسْتِدْلَالُ بِقَوْلِهِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ عِبَارَةٌ عَنِ الطُّولِ وَالْعَرْضِ غَيْرُ مُسْتَقِيمٍ.

لَأَنَّهُ كَمَا يَجُوزُ أَنْ يُقَالَ شَيْءٌ طَوِيلٌ وَعَرِيضٌ يُقَالَ شَيْءٌ قَلِيلٌ أَوْ كَثِيرٌ، ثُمَّ عَشْرَةٌ أَفْزَرَةٌ أَكْثَرُ مِنْ تِسْعَةٍ لَا مَحَالَةَ، فَكَيْفَ جُعِلَ الذَّرَاعُ الزَّائِدُ وَصَفًا دُونَ الْقَفِيرِ؟ وَجَوَابُهُ مَوْقُوفٌ عَلَى مَعْرِفَةِ اصْطِلَاحِ الْقَوْمِ فِي الْأَصْلِ وَالْوَصْفِ، وَاخْتَلَفَتْ عِبَارَاتُهُمْ فِي ذَلِكَ فَقَالَ بَعْضُهُمْ: مَا تَعَيَّبَ بِالتَّنْقِصِ فَالزِّيَادَةُ وَالتَّقْصَانُ فِيهِ وَصَفٌ، وَمَا لَيْسَ كَذَلِكَ فَالزِّيَادَةُ وَالتَّقْصَانُ فِيهِ أَصْلٌ.

وَقَالَ بَعْضُهُمْ: مَا لَوْجُودِهِ تَأْتِي فِي تَقَدُّمِ غَيْرِهِ وَلَعَدَمِهِ تَأْتِي فِي نُقْصَانِ غَيْرِهِ فَهُوَ وَصَفٌ، وَمَا لَيْسَ كَذَلِكَ فَهُوَ أَصْلٌ. وَقِيلَ مَا لَا يَنْقُصُ الْبَاقِي بِفَوَاتِهِ فَهُوَ أَصْلٌ، وَمَا لَا يَكُونُ كَذَلِكَ فَهُوَ وَصَفٌ، وَهُوَ قَرِيبٌ مِنَ الثَّانِي. وَالْمَكِيلُ لَا يَتَعَيَّبُ بِالتَّبْعِضِ، وَالْمَذْرُوعُ يَتَعَيَّبُ، وَعَشْرَةٌ أَفْزَرَةٌ إِذَا انْتَقَصَ مِنْهَا الْقَفِيرُ فَالتَّسْعَةُ تُشْتَرَى بِالثَّمَنِ الَّذِي يَخْصُهَا مَعَ الْقَفِيرِ الْوَاحِدِ فِيمَا إِذَا قَالَ اشْتَرَيْتَ هَذِهِ الصُّبْرَةَ بِعَشْرَةِ دَرَاهِمٍ عَلَى أَنَّهَا عَشْرَةٌ أَفْزَرَةٌ، وَأَمَّا الذَّرَاعُ الْوَاحِدُ مِنَ الثُّوبِ أَوْ الدَّارُ إِذَا انْتَقَصَ فَإِنَّ الْبَاقِي لَا يُشْتَرَى بِالثَّمَنِ الَّذِي كَانَ يُشْتَرَى مَعَهُ، فَإِنَّ الثُّوبَ الْعَتَائِيَّ إِذَنْ مَثَلًا إِذَا كَانَ خَمْسَ عَشْرَةَ ذِرَاعًا فَالْخَمْسَةُ الزَّائِدَةُ عَلَى الْعَشْرَةِ تَزِيدُ فِي قِيَمَةِ الْخَمْسَةِ وَفِي قِيَمَةِ الْعَشْرَةِ أَيْضًا.

وَإِذَا عُرِفَ هَذَا عُرِفَ أَنَّ الْقِلَّةَ وَالْكَثْرَةَ مِنْ حَيْثُ الْكِيلِ أَوْ الْوِزْنِ أَصْلٌ وَمِنْ حَيْثُ الذَّرْعِ وَصَفٌ، وَهُوَ اصْطِلَاحٌ يَقَعُ عَلَى مَا هُوَ الْمُتَعَارَفُ بَيْنَ التَّجَّارِ. فَإِنْ قِيلَ: سَلَمْنَا أَنَّ الذَّرْعَ وَصَفٌ لَكِنْ لَا تُسَلَّمُ أَنَّ الْأَوْصَافَ لَا يُقَابَلُهَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ فَإِنَّ الْمَبِيعَ الْمَعْبُوبَ إِذَا امْتَنَعَ رَدُّهُ رَجَعَ الْمُشْتَرِي بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ، كَمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا وَأَعْتَقَهُ أَوْ مَاتَ ثُمَّ أَطْلَعَ عَلَى نُقْصَانٍ أَصْبَحَ يَرْجِعُ عَلَى بَائِعِهِ بِالنُّقْصَانِ، وَكَمَالُ الْأَصَابِعِ وَصَفٌ فِيهِ

لَدْخُولِهِ تَحْتَ حَدِّ الْوَصْفِ الْمَذْكُورِ.

أَجِيبُ بِأَنَّ كَلَامَنَا فِي الْوَصْفِ الْمَقْصُودِ لَا فِي الْوَصْفِ الْمَقْصُودِ بِالتَّائُلِ، فَإِنَّهُ إِذَا صَارَ مَقْصُودًا بِالتَّائُلِ حَقِيقَةً كَمَا إِذَا قَطَعَ الْبَائِعُ يَدَ الْعَبْدِ الْمَبِيعِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ أَوْ حُكْمًا كَمَا إِذَا امْتَنَعَ الرَّدُّ لِحَقِّ الْبَائِعِ كَمَا إِذَا تَعَيَّبَ الْمَبِيعُ عِنْدَ الْمُشْتَرِي أَوْ لِحَقِّ الشَّرْعِ بِأَنَّ كَانَ ثَوْبًا فَخَاطَهُ الْمُشْتَرِي ثُمَّ اطَّلَعَ عَلَى عَيْبٍ أَخَذَ شَبَّهًا بِالْأَصْلِ فَأَخَذَ قِسْطًا مِنَ الثَّمَنِ.

(وَلَوْ قَالَ بِعْتُكَهَا عَلَى أَنَّهَا مِائَةُ ذِرَاعٍ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ فَوَجَدَهَا نَاقِصَةً، فَالْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَخَذَهَا بِحِصَّتِهَا مِنَ الثَّمَنِ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ؛ لِأَنَّ الْوَصْفَ وَإِنْ كَانَ تَابِعًا لِكُنْهَ صَارَ أَصْلًا بِإِفْرَادِهِ بِذِكْرِ الثَّمَنِ فَيَنْزِلُ كُلُّ ذِرَاعٍ مَنْزِلَةً ثَوْبٍ؛ وَهَذَا لِأَنَّهُ لَوْ أَخَذَهُ بِكُلِّ الثَّمَنِ لَمْ يَكُنْ أَخِذًا لِكُلِّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ (وَإِنْ وَجَدَهَا زَائِدَةً فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَخَذَ الْجَمِيعَ كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ، وَإِنْ شَاءَ فَسَخَّ الْبَيْعَ) لِأَنَّهُ إِنْ حَصَلَ لَهُ الزِّيَادَةُ فِي الذَّرْعِ تَلَزَمَتْهُ زِيَادَةُ الثَّمَنِ فَكَانَ نَفْعًا يَشُوبُهُ ضَرَرٌ فَيَتَخَيَّرُ، وَإِنَّمَا يَلْزَمُهُ الزِّيَادَةُ لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّهُ صَارَ أَصْلًا، وَلَوْ أَخَذَهُ بِالْأَقَلِّ لَمْ يَكُنْ أَخِذًا بِالْمَشْرُوطِ.

الشرح:

وَلَوْ قَالَ بِعْتُكَهَا: يَعْنِي الثِّيَابَ أَوْ الْمَذْرُوعَاتِ كَذَا فِي النَّهَائَةِ، وَفِي نَظَرٍ لِأَنَّ الْمَبِيعَ إِنْ كَانَ ثِيَابًا لَمْ تَكُنْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ. وَالْأَوَّلَى أَنْ يُقَالَ: يَعْنِي الْأَرْضَ فَإِذَا بَاعَهَا عَلَى أَنَّهَا مِائَةُ ذِرَاعٍ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ فَإِنْ وَجِدَتْ نَاقِصَةً أَخَذَهَا الْمُشْتَرِي بِحِصَّتِهَا مِنَ الثَّمَنِ أَوْ تَرَكَ، لِأَنَّ الْوَصْفَ وَإِنْ كَانَ تَابِعًا لِكُنْهَ صَارَ أَصْلًا بِإِفْرَادِهِ بِذِكْرِ الثَّمَنِ فَيَنْزِلُ كُلُّ ذِرَاعٍ بِمَنْزِلَةِ ثَوْبٍ، وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِهِمْ إِنْ الْوَصْفُ يُقَابَلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ إِذَا كَانَ مَقْصُودًا بِالتَّائُلِ.

وَهَذَا: أَيْ أَخَذَهَا بِحِصَّتِهَا مِنَ الثَّمَنِ إِنَّمَا هُوَ لِأَنَّهُ لَوْ أَخَذَهَا بِجَمِيعِ الثَّمَنِ لَمْ يَكُنْ الْمُشْتَرِي أَخِذًا كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ وَهُوَ لَمْ يَبِعْ إِلَّا بِشَرْطِ أَنْ يَكُونَ كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ، لِأَنَّ كَلِمَةَ عَلَى تَأْتِي لِلشَّرْطِ كَمَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ. وَتَوْقُضُ بِالْمَسْأَلَةِ الْأُولَى لِأَنَّ الذَّرْعَ لَوْ أُمِكنَ أَنْ يَكُونَ أَصْلًا بِذِكْرِ الثَّمَنِ كَانَ أَصْلًا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى أَيْضًا لِأَنَّهُ ذَكَرَ عَشْرَةَ دَرَاهِمٍ فِي مُقَابَلَةِ عَشْرَةِ أَذْرُعٍ، وَمُقَابَلَةُ الْجُمْلَةِ بِالْجُمْلَةِ تَقْتَضِي انْقِسَامَ

الآحَادِ عَلَى الْآحَادِ: وَأَجِيبَ بِأَنَّ الذَّرَاعَ أَصْلٌ مِنْ وَجْهِهِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ مِنْ أَجْزَاءِ الْعَيْنِ
الَّتِي هِيَ مَبِيعَةٌ كَالْقَفِيزِ، وَوَصِفَ مِنْ وَجْهِهِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ لَا يُقَابَلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ
كَالْجَمَالِ وَالْكِتَابَةِ ثُمَّ لَوْ جَعَلْنَا عَشْرَةَ أَذْرُعٍ مُنْقَسِمَةً عَلَى الْإِفْرَادِ عِنْدَ ذِكْرِ كُلِّ ذِرَاعٍ
لَزِمَ إلْغَاءُ جِهَةِ الْوَصْفِيَّةِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ، فَقُلْنَا بِالْوَصْفِيَّةِ عِنْدَ تَرْكِ ذِكْرِهِ، وَبِالْأَصْلِيَّةِ عِنْدَ
ذِكْرِهِ عَمَلًا بِالشَّبِيهِينَ.

وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ قَوْلَهُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ لَا يُقَابَلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ مَعْلُولٌ لِلْوَصْفِيَّةِ فَلَا
يَكُونُ عِلَّةً لَهَا. وَالْأَوَّلَى أَنْ يُقَالَ: إِذَا لَمْ يُفْرَدْ كُلُّ ذِرَاعٍ بِالذِّكْرِ كَانَ كَوْنُ كُلِّ ذِرَاعٍ
مَبِيعًا ضَمْنًا، وَلَا مُعْتَبَرًا بِذَلِكَ لَمَّا ذَكَّرْنَا أَنَّ الْوَصْفَ يَصِيرُ أَصْلًا إِذَا كَانَ مَقْصُودًا
بِالتَّأْوِيلِ، وَإِنْ وَجِدَتْ زَائِدَةٌ أَخَذَ الْمُشْتَرِي الْجَمِيعَ كُلِّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ أَوْ فُسِيخٍ، أَمَّا خِيَارُ
الْفُسِيخِ فَلَاغُهُ إِنْ حَصَلَ لَهُ الزِّيَادَةُ فِي الذَّرْعِ لِرَمِّهِ الزِّيَادَةَ فِي الثَّمَنِ وَفِي ذَلِكَ ضَرَرٌ
فَكَانَ فِي مَعْنَى خِيَارِ الرُّوْيَةِ فِي دَفْعِ الضَّرَرِ فَيَتَخَيَّرُ، وَأَمَّا لُزُومُ الزِّيَادَةِ فَلَمَّا بَيَّنَّا أَنَّهُ صَارَ
أَصْلًا مَشْرُوطًا، وَلَوْ أَخَذَهُ بِالْأَقْلِ لَمْ يَكُنْ آخِذًا بِالْمَشْرُوطِ.

وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَمَّا الْأَوَّلُ فَهُوَ أَنَّ كُلَّ ذِرَاعٍ إِنْ كَانَ بِمَنْزِلَةِ ثَوْبٍ عَلَى
حَدَةِ فَسَدِ الْبَيْعِ إِذَا وَجَدَهَا أَكْثَرَ أَوْ أَقْلَ، كَمَا لَوْ كَانَ الْعَقْدُ وَارِدًا عَلَى أَثَوَابٍ عَشْرَةٍ
وَقَدْ وَجِدَتْ أَحَدَ عَشَرَ أَوْ تِسْعَةَ عَلَى مَا سَيَأْتِي. وَأَمَّا الثَّانِي فَهُوَ أَنَّ الذَّرَاعَ لَوْ كَانَ
أَصْلًا بِإِفْرَادِ ذِكْرِ الثَّمَنِ امْتَنَعَ دُخُولُ الزِّيَادَةِ فِي الْعَقْدِ، كَمَا إِذَا بَاعَ صُبْرَةً عَلَى أَهْلِهَا
عَشْرَةَ أَفْزَةِ فَإِذَا هِيَ أَحَدُ عَشَرَ، فَإِنَّ الزِّيَادَةَ لَا تَدْخُلُ إِلَّا بِصَفْقَةٍ عَلَى حَدَةٍ، وَقَدْ
تَقَدَّمَ وَهَاهُنَا دَخَلَتْ فِي تِلْكَ الصَّفْقَةِ. وَالْجَوَابُ عَنْ الْأَوَّلِ أَنَّ الْأَثَوَابَ مُخْتَلِفَةً فَتَكُونُ
الْعَشْرَةُ الْمَبِيعَةُ مَجْهُولَةً جَهَالَةً تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ، وَالذَّرْعَانُ مِنْ ثَوْبٍ وَاحِدٍ لَيْسَتْ
كَذَلِكَ. وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ الذَّرَاعَ الرَّائِدَ لَوْ لَمْ يَدْخُلْ كَانَ بَائِعًا بَعْضَ الثَوْبِ وَفَسَدَ الْبَيْعِ
فَحَكَمْنَا بِالْدُخُولِ تَحْرِيًّا فِي الْجَوَازِ وَالْقَفِيزِ الرَّائِدَ لَيْسَ كَذَلِكَ.

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى عَشْرَةَ أَذْرُعٍ مِنْ مِائَتِي ذِرَاعٍ مِنْ دَارٍ أَوْ حَمَامٍ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ عِنْدَ أَبِي
حَنِيفَةَ، وَقَالَا: هُوَ جَائِزٌ، وَإِنْ اشْتَرَى عَشْرَةَ أَسْهُمٍ مِنْ مِائَتِي سَهْمٍ جَازَ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا)
لَهُمَا أَنَّ عَشْرَةَ أَذْرُعٍ مِنْ مِائَتِي ذِرَاعٍ عَشْرُ الدَّارِ فَأَشْبَهَ عَشْرَةَ أَسْهُمٍ. وَلَهُ أَنَّ الذَّرَاعَ اسْمٌ لِمَا
يَذْرَعُ بِهِ، وَاسْتَعْبِرَ لِمَا يَحِلُّهُ الذَّرَاعُ وَهُوَ الْمُعَيَّنُ دُونَ الْمَشَاعِ، وَذَلِكَ غَيْرُ مَعْلُومٍ، بِخِلَافِ السَّهْمِ.

وَلَا فَرْقَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ بَيْنَ مَا إِذَا عَلِمَ مِنْ جُمْلَةِ الذَّرْعَانِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ هُوَ الصَّحِيحُ
خِلَافًا لِمَا يَقُولُهُ الْخَصَافُ لِبَقَاءِ الْجَهَالَةِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى عَشْرَةَ أَذْرُعٍ) شَرَاءُ عَشْرَةِ أَذْرُعٍ (مِنْ مِائَةِ ذِرَاعٍ مِنْ دَارٍ أَوْ
حِمَامٍ) أَعْنِي أَنْ يَكُونَ الْمَبِيعُ مِمَّا يَنْقَسِمُ أَوْ مِمَّا لَا يَنْقَسِمُ فَاسِدٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا
هُوَ جَائِزٌ إِذَا كَانَتْ الدَّارُ مِائَةَ ذِرَاعٍ وَشَرَاءُ عَشْرَةِ أَشْهُمٍ مِنْ مِائَةِ سَهْمٍ جَائِزٌ بِالِاتِّفَاقِ
(وَلَهُمَا أَنْ عَشْرَةَ أَذْرُعٍ مِنْ مِائَةِ ذِرَاعٍ) كَعَشْرَةِ أَشْهُمٍ مِنْ مِائَةِ سَهْمٍ فِي كَوْنِهَا
عُشْرًا فَتَخْصِيصُ الْجَوَازِ بِأَحَدِهِمَا تَحْكُمُ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الذَّرْعَ حَقِيقَةٌ فِي الْآلَةِ الَّتِي
يُذْرَعُ بِهَا وَإِرَادَتُهَا هَاهُنَا مُتَعَدِّةٌ فَيَصِيرُ مَجَازًا لِمَا يَحِلُّهُ بِطَرِيقِ ذِكْرِ الْحَالِ وَإِرَادَةِ الْمَحَلِّ،
وَمَا يَحِلُّهُ لَا يَكُونُ إِلَّا مُعَيَّنًا مُشَخَّصًا لِأَنَّهُ فَعْلٌ حِسِّيٌّ يَقْتَضِي مَحَلًّا حِسِّيًّا، وَالْمَشَاغُ لَيْسَ
كَذَلِكَ فَمَا يَحِلُّهُ لَا يَكُونُ مُشَاعًا فَلَا يُسْتَعْمَلُ فِيهِ الذَّرْعُ لِعَدَمِ مُجَوِّزِ الْمَجَازِ.

(وَذَلِكَ) أَيُّ الْعَشْرَةِ الْأَذْرُعُ غَيْرُ مَعْلُومٍ هُنَا، إِذْ لَمْ يَعْلَمْ أَنَّ الْعَشْرَةَ مِنْ أَيِّ
جَانِبِ الدَّارِ فَيَكُونُ مَجْهُولًا جَهَالَةً تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ، بِخِلَافِ السَّهْمِ فَإِنَّهُ أَمْرٌ
عَقْلِيٌّ لَا يَقْتَضِي مَحَلًّا حِسِّيًّا فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ فِي الشَّائِعِ فَالْجَهَالَةُ لَا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ
فَإِنْ صَاحِبَ عَشْرَةِ أَشْهُمٍ يَكُونُ شَرِيكًا لَصَاحِبِ تِسْعِينَ سَهْمًا فِي جَمِيعِ الدَّارِ عَلَى
قَدْرِ نَصِيبِهَا مِنْهَا، وَلَيْسَ لَصَاحِبِ الْكَثِيرِ أَنْ يَذْفَعَ صَاحِبُ الْقَلِيلِ مِنْ جَمِيعِ الدَّارِ فِي
قَدْرِ نَصِيبِ مَنْ أَيُّ مَوْضِعٍ كَانَ.

وَلَا فَرْقَ عِنْدَهُ بَيْنَ مَا إِذَا عَلِمَ جُمْلَةَ الذَّرْعَانِ كَمَا إِذَا قَالَ عَشْرَةُ أَذْرُعٍ مِنْ هَذِهِ
الدَّارِ مِنْ مِائَةِ ذِرَاعٍ، وَبَيْنَ مَا إِذَا لَمْ يَعْلَمْ، كَمَا إِذَا قَالَ عَشْرَةُ أَذْرُعٍ مِنْ هَذِهِ الدَّارِ مِنْ
غَيْرِ ذِكْرِ ذَّرْعَانِ جَمِيعِ الدَّارِ فِي الصَّحِيحِ لِبَقَاءِ الْجَهَالَةِ الْمَانِعَةِ مِنَ الْجَوَازِ خِلَافًا لِمَا يَقُولُهُ
الْخَصَافُ أَنَّ الْفَسَادَ إِثْمًا هُوَ عِنْدَ جَهَالَةِ جُمْلَةِ الذَّرْعَانِ. وَأَمَّا إِذَا عُرِفَتْ مَسَاحَتُهَا فَإِنَّهُ
يَجُوزُ جَعْلُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ نَظِيرَ مَا لَوْ بَاعَ كُلُّ شَاةٍ مِنَ الْقَطِيعِ بِدِرْهَمٍ إِذَا كَانَ عَدَدُ جُمْلَةِ
الشَّيْءِ مَعْلُومًا فَإِنَّهُ يَجُوزُ عِنْدَهُ.

وَلَوْ اشْتَرَى عِدْلًا عَلَى أَنَّهُ عَشْرَةُ أَثْوَابٍ فَإِذَا هُوَ تِسْعَةٌ أَوْ أَحَدٌ عَشَرَ فَسَدَ الْبَيْعُ
لِجَهَالَةِ الْمَبِيعِ أَوْ الثَّمَنِ (وَلَوْ بَيَّنَّ لِكُلِّ ثَوْبٍ ثَمَنًا جَازًا فِي فَصْلِ التَّقْصَانِ بِقَدْرِهِ وَلَهُ الْخِيَارُ،
وَلَمْ يَجْزِ فِي الزِّيَادَةِ) لِجَهَالَةِ الْعَشْرَةِ الْمَبِيعَةِ. وَقِيلَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لَا يَجُوزُ فِي فَصْلِ

التَّقْصَانِ أَيْضًا وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ، بِخِلَافِ مَا إِذَا اشْتَرَى ثَوْبَيْنِ عَلَى أَنَّهُمَا هَرَوِيَّانِ فَإِذَا أَحَدُهُمَا مَرَوِيٌّ حَيْثُ لَا يَجُوزُ فِيهِمَا، وَإِنْ بَيْنَ ثَمَنَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ الْقَبُولَ فِي الْمَرَوِيِّ شَرْطًا لَجَوَازِ الْعَقْدِ فِي الْهَرَوِيِّ، وَهُوَ شَرْطٌ فَاسِدٌ وَلَا قَبُولَ يُشْتَرَطُ فِي الْمَعْدُومِ فَافْتَرَقَا.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى عِدْلًا عَلَى أَنَّهُ عَشْرَةُ أَثْوَابٍ) عِدْلُ الشَّيْءِ بِكَسْرِ الْعَيْنِ مِثْلُهُ مِنْ جِنْسِهِ فِي مِقْدَارِهِ وَمِنْهُ عِدْلُ الْحِمْلِ إِذَا اشْتَرَى عِدْلًا عَلَى أَنَّهُ عَشْرَةُ أَثْوَابٍ بِعَشْرَةِ دَرَاهِمٍ فَكَانَ تِسْعَةً أَوْ أَحَدَ عَشَرَ فَسَدَ الْبَيْعُ. أَمَّا إِذَا زَادَ فَلَجَهَالَةِ الْمُبِيعِ لِأَنَّ الزَّائِدَ لَمْ يَدْخُلْ تَحْتَ الْعَقْدِ فَيَجِبُ رُدُّهُ، وَالْأَثْوَابُ مُخْتَلِفَةٌ فَكَانَ الْمُبِيعُ مَجْهُولًا جَهَالَةً تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ. وَأَمَّا إِذَا نَقَصَ فَلَوْجُوبِ سُقُوطِ حِصَّةِ النَّاقِصِ عَنْ ذِمَّةِ الْمُشْتَرِي وَهِيَ مَجْهُولَةٌ لِأَنَّهُ لَا يَدْرِي أَنَّهُ كَانَ جَيِّدًا أَوْ وَسَطًا أَوْ رَدِيئًا.

وَحَيْثُ لَا تُدْرَى قِيمَتُهُ يَبْقَيْنِ حَتَّى تَسْقُطَ فَكَانَتْ جَهَالَتُهَا تُوجِبُ جَهَالَةَ الْبَاقِي مِنَ الثَّمَنِ فَلَا يُشْكُ فِي فَسَادِهِ، وَإِذَا بَيَّنَّ لِكُلِّ ثَوْبٍ ثَمَنًا بِقَوْلِهِ كُلُّ ثَوْبٍ بِدِرْهَمٍ جَازَ الْبَيْعُ فِي فَضْلِ التَّقْصَانِ لَكَوْنِ الثَّمَنِ مَعْلُومًا، وَلَهُ الْخِيَارُ إِنْ شَاءَ أَخَذَ الْمَوْجُودَ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ لِأَنَّهُ تَغَيَّرَ شَرْطُ عَقْدِهِ وَلَمْ يَجْزِ فِي فَضْلِ الزِّيَادَةِ لَجَهَالَةِ الْعَشْرَةِ الْمُبِيعَةِ.

وَمِنْ مَشَايِخِنَا مَنْ قَالَ: إِنَّ الْبَيْعَ فَاسِدٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي فَضْلِ التَّقْصَانِ أَيْضًا لِأَنَّهُ جَمَعَ بَيْنَ الْمَوْجُودِ وَالْمَعْدُومِ فِي صَفْقَةٍ فَكَانَ قَبُولُ الْبَيْعِ فِي الْمَعْدُومِ شَرْطًا لِقَبُولِهِ فِي الْمَوْجُودِ فَيَفْسُدُ الْعَقْدُ كَمَا لَوْ جُمِعَ بَيْنَ حُرٍّ وَعَبْدٍ فِي صَفْقَةٍ وَسَمِيَ لِكُلِّ وَاحِدٍ ثَمَنًا فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ الْبَيْعُ عِنْدَهُ فِي الْقَنْ خِلَافًا لُهُمَا كَذَلِكَ هَذَا. وَاسْتَدَلَّ بِمَا ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: رَجُلٌ اشْتَرَى ثَوْبَيْنِ عَلَى أَنَّهُمَا هَرَوِيَّانِ كُلُّ ثَوْبٍ بِعَشْرَةٍ، فَإِذَا أَحَدُهُمَا هَرَوِيٌّ وَالْآخَرُ مَرَوِيٌّ، فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ فِي الْهَرَوِيِّ وَالْمَرَوِيِّ جَمِيعًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَهُمْ يَجُوزُ فِي الْهَرَوِيِّ.

وَوَجْهُ الاسْتِدْلَالِ أَنَّ الْفَائِتَ فِي الصَّفْقَةِ مَسْأَلَةُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لَا أَصْلُ الثَّوْبِ، فَإِذَا كَانَ قَوَاتُ الصَّفْقَةِ فِي أَحَدِ الْبَدَلَيْنِ مُفْسِدًا لِلْعَقْدِ عَلَى مَذْهَبِهِ فَقَوَاتُ أَحَدِهِمَا مِنَ الْأَصْلِ أَوَّلَى أَنْ يَفْسُدَ. قَالَ الشَّيْخُ: وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ لِأَنَّ ثَمَنَ النَّاقِصِ مَعْلُومٌ قَطْعًا فَلَا يَضُرُّ الْبَاقِي. وَفَرَّقَ بَيْنَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَمَسْأَلَةِ الْجَامِعِ بِقَوْلِهِ لِأَنَّهُ جَعَلَ الْقَبُولَ فِي الْمَرَوِيِّ شَرْطًا

للعقد في المروى، وهو شرط فاسد لأن المروى غير مذكور في العقد فشرط قبوله مما لا يقتضيه العقد فكان فاسداً، وهذا لا يوجد ههنا فإنه ما شرط قبول العقد في المعلوم ولا قصد إيراد العقد على المعلوم لعدم تصور ذلك فيه، وإنما قصد إيراده على الموجود فقط ولكنه غلط في العدد. وهو مروي بفتح الراء ومروى بسكونها منسوب إلى هراة ومرو قرئتان بخراسان.

(ولو اشترى ثوباً واحداً على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فإذا هو عشرة ونصف أو تسعة ونصف، قال أبو حنيفة رحمه الله: في الوجه الأول يأخذه بعشرة من غير خيار، وفي الوجه الثاني يأخذه بتسعة إن شاء وقال أبو يوسف رحمه الله: في الوجه الأول يأخذه بأحد عشر إن شاء، وفي الثاني يأخذ بعشرة إن شاء. وقال محمد رحمه الله: يأخذ في الأول بعشرة ونصف إن شاء، وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير؛ لأن من ضرورية مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجري عليه حكمها.

ولأبي يوسف رحمه الله أنه لما أفرد كل ذراع ببذل نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقص. ولأبي حنيفة رحمه الله أن الذراع وصف في الأصل، وإنما أخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيّد بالذراع، فعند عدمه عاد الحكم إلى الأصل. وقيل في الكرباس الذي لا يتفاوت جوائبه لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط؛ لأنه بمنزلة الموزون حيث لا يضرب الفصل، وعلى هذا لو قالوا: يجوز بيع ذراع منه.

الشرح:

قال (ولو اشترى ثوباً واحداً) إذا اشترى ثوباً واحداً على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فزاد أو نقص نصف ذراع قال أبو حنيفة: إذا زاد أخذه بعشرة بلا خيار، وفي الثقصان بتسعة إن شاء، وقال أبو يوسف: وإذا زاد أخذه بأحد عشر إن شاء، وإن نقص بعشرة إن شاء. وقال محمد: أخذه في الأول بعشرة ونصف، وفي الثاني بتسعة ونصف إن شاء لأنه قابل كل ذراع بدرهم، ومن ضرورة ذلك مقابلة نصف الذراع بنصف الدرهم. فيجزأ عليه من التجزئة.

وفي بعض النسخ يجري عليه أي على النصف حكم المقابلة، ويخير كما لو باع عشرة بعشرة فنقص ذراع (ولأبي يوسف أن بإفراد البذل صار كل ذراع) كثوب

على حِدَةٍ وَالثُّوبُ إِذَا بَاعَ عَلَى أَنَّهُ كَذَا ذِرَاعًا فَتَقْصَ ذِرَاعٌ لَا يَسْقُطُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ وَلَكِنْ يَثْبُتُ لَهُ الْخِيَارُ وَقَدْ تَقَدَّمَ. وَلَأَبَى حَنِيفَةَ ۖ قَدْ ثَبَتَ أَنَّ الذَّرَاعَ وَصَفٌ فِي الْأَصْلِ لَا يُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ، وَإِنَّمَا أَخَذَ حُكْمَ الْأَصْلِ بِالشَّرْطِ وَالشَّرْطُ مُقَيَّدٌ بِالذَّرَاعِ وَنِصْفُ الذَّرَاعِ لَيْسَ بِذِرَاعٍ، فَكَانَ الشَّرْطُ مَعْدُومًا وَزَالَ مُوجِبُ كَوْنِهِ أَصْلًا فَعَادَ الْحُكْمُ إِلَى الْأَصْلِ وَهُوَ الْوَصْفُ فَصَارَتْ الزِّيَادَةُ عَلَى الْعَشْرَةِ وَالتَّسْعَةِ كَزِيَادَةِ صِفَةِ الْجَوْدَةِ فَسَلَّمَ لَهُ مَجَانًا.

وَقِيلَ هَذِهِ الْأَقْوَالُ الثَّلَاثَةُ فِي الثُّوبِ الَّذِي تَتَفَاوَتْ جَوَانِبُهُ كَالسَّرَاوِيلِ وَالْقَمِيصِ وَالْأَقْبِيَةِ، أَمَّا فِي الْكَرْبَاسِ الَّذِي لَا يَتَفَاوَتْ جَوَانِبُهُ لَا تُسَلَّمُ الزِّيَادَةُ لَهُ لِأَنَّهُ وَإِنْ اتَّصَلَ بَعْضُهُ بِبَعْضٍ فَهُوَ فِي مَعْنَى الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ لَعَدَمِ تَضَرُّرِهِ بِالْقَطْعِ، وَعَلَى هَذَا قَالَ الْمَشَايخُ: إِذَا بَاعَ ذِرَاعًا مِنْهُ وَلَمْ يُعَيَّنْ مَوْضِعُهُ جَارَ كَمَا فِي الْحِنْطَةِ إِذَا بَاعَ قَفِيزًا مِنْهَا.

(فصل)

(وَمَنْ بَاعَ دَارًا دَخَلَ بِنَاؤُهَا فِي الْبَيْعِ وَإِنْ لَمْ يُسَمِّهِ، لِأَنَّ اسْمَ الدَّارِ يَتَنَاوَلُ الْعَرَصَةَ وَالْبِنَاءَ فِي الْعُرْفِ) وَلَأَنَّهُ مُتَّصِلٌ بِهَا اتِّصَالٌ قَرَارٍ فَيَكُونُ تَبَعًا لَهُ.

الشرح:

(فصل): مَسَائِلُ هَذَا الْفَصْلِ مُبْنِيَّةٌ عَلَى قَاعِدَتَيْنِ: إِحْدَاهُمَا أَنَّ كُلَّ مَا هُوَ مُتَنَاوِلٌ اسْمَ الْمَبِيعِ عُرْفًا دَخَلَ فِي الْمَبِيعِ وَإِنْ لَمْ يُذَكَّرْ صَرِيحًا. وَالثَّانِيَةُ: أَنَّ مَا كَانَ مُتَّصِلًا بِالْمَبِيعِ اتِّصَالٌ إِقْرَارٍ كَانَ تَابِعًا لَهُ فِي الدُّخُولِ، وَنَعْنِي بِالْقَرَارِ الْحَالِ الثَّانِي عَلَى مَعْنَى أَنَّ مَا وُضِعَ لِأَن يَفْصِلَهُ الْبَشْرُ فِي ثَانِي الْحَالِ لَيْسَ بِاتِّصَالٍ قَرَارٍ، وَمَا وُضِعَ لَا لِأَن يَفْصِلَهُ فِيهِ فَهُوَ اتِّصَالٌ قَرَارٍ.

وَعَلَى هَذَا (دَخَلَ بِنَاءُ الدَّارِ فِي بَيْعِهَا وَإِنْ لَمْ يُسَمِّهِ لِأَنَّ اسْمَ الدَّارِ يَتَنَاوَلُ الْعَرَصَةَ وَالْبِنَاءَ فِي الْعُرْفِ) لَا يُقَالُ: لَا تُسَلَّمُ تَنَاوُلُهُ الْبِنَاءُ فِي الْعُرْفِ فَإِنَّهُ لَمْ يَدْخُلْ فِي بَابِ الْأَيْمَانِ الَّتِي مَبْنَاهَا عَلَى الْعُرْفِ كَمَا تَقَدَّمَ (لَأَنَّ تَنَاوُلَهُ إِيَّاهُ بِاعْتِبَارِ كَوْنِهِ صِفَةً لَهَا) وَهِيَ إِذَا لَمْ تَكُنْ دَاعِيَةً لِلْيَمِينِ لَا يَتَقَيَّدُ بِهَا كَمَا تَقَدَّمَ، وَالْبِنَاءُ لَيْسَ بِدَاعٍ إِلَى الْيَمِينِ فَلَمْ يَتَقَيَّدْ بِهِ وَحَنَتْ بِالْدُّخُولِ بَعْدَ الْإِهْدَامِ (وَلَأَنَّ الْبِنَاءَ مُتَّصِلٌ بِهِ) أَيُّ بِالْأَرْضِ عَلَى تَأْوِيلِ الْمَكَانِ (اتِّصَالٌ قَرَارٍ) فَيَكُونُ تَابِعًا لَهُ.

(وَمَنْ بَاعَ أَرْضًا دَخَلَ مَا فِيهَا مِنَ النَّخْلِ وَالشَّجَرِ وَإِنْ لَمْ يُسَمِّهِ) لِأَنَّهُ مُتَّصِلٌ بِهَا
لِلقَرَارِ فَأَشْبَهَ الْبِنَاءَ (وَلَا يَدْخُلُ الزَّرْعُ فِي بَيْعِ الْأَرْضِ إِلَّا بِالتَّسْمِيَةِ) لِأَنَّهُ مُتَّصِلٌ بِهَا
لِلفَصْلِ فَشَابَهَ الْمَتَاعَ الَّذِي فِيهَا.

الشرح:

وَإِذَا بَاعَ أَرْضًا دَخَلَ مَا فِيهَا مِنَ النَّخْلِ وَالشَّجَرَةِ كَبِيرَةً كَانَتْ أَوْ صَغِيرَةً
مُثْمِرَةً أَوْ غَيْرَهَا عَلَى الْأَصَحِّ (وَإِنْ لَمْ يُسَمِّهِ لِلاتِّصَالِ فَأَشْبَهَ الْبِنَاءَ وَلَا يَدْخُلُ الزَّرْعُ فِي
بَيْعِ الْأَرْضِ إِلَّا بِالتَّسْمِيَةِ لِأَنَّهُ مُتَّصِلٌ بِهِ لِلْفَصْلِ فَأَشْبَهَ الْمَتَاعَ الْمَوْضُوعَ فِي الدَّارِ) وَتَوَقُّضَ
بِالْحَمْلِ فَإِنَّهُ مُتَّصِلٌ بِالْأُمِّ لِلْفَصْلِ وَيَدْخُلُ فِي بَيْعِ الْأُمِّ. وَالْجَوَابُ أَنَّهُ غَيْرُ وَارِدٍ عَلَى
التَّفْسِيرِ الْمَذْكُورِ، فَإِنَّ الْبَشَرَ لَيْسَ فِي وَسْعِهِ فَصْلُ الْحَمْلِ عَنِ الْأُمِّ.

(وَمَنْ بَاعَ نَخْلًا أَوْ شَجَرًا فِيهِ ثَمَرٌ فَثَمَرَتُهُ لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ
الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ اشْتَرَى أَرْضًا فِيهَا نَخْلٌ فَالثَّمَرَةُ لِلْبَائِعِ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ»^(١)
وَلَأَنَّ الْإِتِّصَالَ وَإِنْ كَانَ خِلْقَةً فَهُوَ لِلْقَطْعِ لَا لِلْبَقَاءِ فَصَارَ كَالزَّرْعِ. (وَيُقَالُ لِلْبَائِعِ
اقْطَعُهَا وَسَلِّمْ الْمُبْتَاعَ) وَكَذَا إِذَا كَانَ فِيهَا زَرْعٌ، لِأَنَّ مِلْكَ الْمَشْتَرِي مَشْغُولٌ بِمِلْكِ الْبَائِعِ
فَكَانَ عَلَيْهِ تَقْرِيفُهُ وَتَسْلِيمُهُ، كَمَا إِذَا كَانَ فِيهِ مَتَاعٌ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُتْرَكُ حَتَّى يَظْهَرَ صِلَاحُ الثَّمَرِ وَيُسْتَحْصَدُ الزَّرْعُ؛ لِأَنَّ
الْوَاجِبَ إِنَّمَا هُوَ التَّسْلِيمُ الْمُعْتَادُ، وَالْمُعْتَادُ أَنْ لَا يُقْطَعَ كَذَلِكَ وَصَارَ كَمَا إِذَا انْقَضَتْ مَدَّةُ
الْإِجَارَةِ وَفِي الْأَرْضِ زَرْعٌ. فَلَنَّا: هُنَاكَ التَّسْلِيمُ وَاجِبٌ أَيْضًا حَتَّى يُتْرَكَ بِأَجَرٍ، وَتَسْلِيمُ
الْعَوَضِ كَتَسْلِيمِ الْمُعَوَّضِ.

وَلَا فَرْقَ بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ الثَّمَرُ بِحَالٍ لَهُ قِيَمَةٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ فِي الصَّحِيحِ وَيَكُونُ فِي
الْحَالِ لِلْبَائِعِ؛ لِأَنَّ بَيْعَهُ يَجُوزُ فِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ عَلَى مَا تَبَيَّنَ فَلَا يَدْخُلُ فِي بَيْعِ
الشَّجَرِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ نَخْلًا) بَاعَ نَخْلًا (أَوْ شَجَرًا عَلَيْهِ ثَمَرٌ فَثَمَرَتُهُ لِلْبَائِعِ إِلَّا) أَنْ يَقُولَ
الْمَشْتَرِي اشْتَرَيْتَهُ مَعَ ثَمَرَتِهِ لِقَوْلِهِ ﷺ «مَنْ اشْتَرَى أَرْضًا فِيهَا نَخْلٌ فَالثَّمَرَةُ لِلْبَائِعِ، إِلَّا

(١) أخرجه البخاري في البيوع باب ٩٠، وأبو داود (٣٤٣٣)، والترمذي (١٢٤٤).

أَنْ يُشْتَرَطَ الْمُبْتَاعُ» وَفِيهِ دَلَالَةٌ عَلَى أَنَّ مَا وَضِعَ لِلْقَرَارِ يَدْخُلُ وَمَا وَضِعَ لِلْفَصْلِ لَا يَدْخُلُ، لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ أَرْضٌ فِيهَا نَخْلٌ عَلَيْهِ ثَمَرٌ فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الثَّمَرَةُ لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يُشْتَرَطَ» وَلَمْ يَذْكُرِ النَّخْلَ.

وَقَوْلُهُ (وَلَأَنَّ الْإِتِّصَالَ وَإِنْ كَانَ خَلْقَةً) فِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ الْإِعْتِبَارَ لِلْحَالِ الثَّانِي وَالْحَالِ الْأَوَّلِ لَا فَرْقَ فِيهَا بَيْنَ أَنْ يَكُونَ خَلْقَةً أَوْ مَوْضُوعًا وَيُقَالُ لِلْبَائِعِ سَلَمَ الْمَبِيعِ) فَارِغًا لَوْ جُوبَ ذَلِكَ عَلَيْهِ، فَيُؤْمَرُ بِتَفْرِيعِ مِلْكِ الْمُشْتَرِي عَنْ مِلْكِهِ بِقَطْعِ الثَّمَرَةِ وَرَفْعِ الزَّرْعِ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُتْرَكُ حَتَّى يَبْدُو صِلَاحُ الثَّمَرِ، وَيَسْتَحْصِدَ الزَّرْعُ لِأَنَّ الْوَاجِبَ هُوَ التَّسْلِيمُ الْمُعْتَادُ، وَالْمُعْتَادُ أَنْ لَا يُقَطَعَ) وَقَاسَهُ عَلَى مَا إِذَا انْقَضَتْ مُدَّةُ الْإِجَارَةِ وَفِي الْأَرْضِ زَرْعٌ فَإِنَّهُ يُؤَخَّرُ إِلَى الْحَصَادِ.

وَالْجَوَابُ أَنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّ الْمُعْتَادَ عَدَمَ الْقَطْعِ إِلَى وَقْتِ الْبُدُوِّ وَالِاسْتِحْصَادِ؛ سَلَمْنَاهُ لَكُنْهُ مُشْتَرَكٌ فَإِنَّهُمْ قَدْ يَبِيعُونَ لِلْقَطْعِ سَلَمْنَاهُ، وَلَكِنَّ الْوَاجِبَ ذَلِكَ مَا لَمْ يُعَارِضْهُ مَا يُسْقِطُهُ وَقَدْ عَارِضَهُ دَلَالَةُ الرِّضَا بِذَلِكَ وَهِيَ إِقْدَامُهُ عَلَى تَبِعِهَا مَعَ عِلْمِهِ بِمُطَالَبَةِ الْمُشْتَرِي تَفْرِيعَ مِلْكِهِ وَتَسْلِيمَهُ إِيَّاهُ فَارِغًا (قَوْلُهُ هُنَاكَ) إِشَارَةٌ إِلَى الْجَوَابِ عَنِ الْمَقِيسِ عَلَيْهِ وَتَقْرِيرِهِ (التَّسْلِيمُ وَاجِبٌ) فِي صُورَةِ انْقِضَاءِ مُدَّةِ الْإِجَارَةِ أَيْضًا.

(وَلَا يُتْرَكُهُ إِلَّا بِأَجْرٍ وَتَسْلِيمِ الْعَوَضِ تَسْلِيمِ الْمُعَوِّضِ) لَا يُقَالُ: فَلْيَكُنْ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ كَذَلِكَ لَمَّا سَيَّاتِي، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الثَّمَرُ بِحَالٍ لَهُ قِيَمَةٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ فِي كَوْنِهِ لِلْبَائِعِ (فِي الصَّحِيحِ) وَقِيلَ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ قِيَمَةٌ يَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ وَيَكُونُ لِلْمُشْتَرِي. وَجْهُ الصَّحِيحِ أَنَّ بَيْعَهُ مُنْفَرِدًا يَصِحُّ فِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ، وَمَا صَحَّ بَيْعُهُ مُنْفَرِدًا لَا يَدْخُلُ فِي بَيْعِ غَيْرِهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَوْضُوعًا لِلْقَرَارِ

وَأَمَّا إِذَا بَاعَتْ الْأَرْضُ وَقَدْ بَدَرَ فِيهَا صَاحِبُهَا وَلَمْ يَنْبُتْ بَعْدُ لَمْ يَدْخُلْ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ مُودَعٌ فِيهَا كَالْمَتَاعِ. وَلَوْ نَبَتَ وَلَمْ تَصِرْ لَهُ قِيَمَةٌ فَقَدْ قِيلَ لَا يَدْخُلُ فِيهِ، وَقَدْ قِيلَ يَدْخُلُ فِيهِ، وَكَانَ هَذَا بِنَاءً عَلَى الْإِخْتِلَافِ فِي جَوَازِ بَيْعِهِ قَبْلَ أَنْ تَنَالَهُ الْمَشَافِرُ وَالْمَنَاجِلُ، وَلَا يَدْخُلُ الزَّرْعُ وَالثَّمَرُ بِذِكْرِ الْحَقُوقِ وَالْمَرَافِقِ؛ لِأَنَّهُمَا لَيْسَا مِنْهُمَا. وَلَوْ قَالَ بِكُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ هُوَ لَهُ فِيهَا وَمِنْهَا مِنْ حَقُوقِهَا أَوْ قَالَ مِنْ مَرَافِقِهَا لَمْ يَدْخُلْ فِيهِ لَمَّا قُلْنَا، وَإِنْ لَمْ يَقُلْ مِنْ حَقُوقِهَا أَوْ مِنْ مَرَافِقِهَا دَخَلَ فِيهِ. وَأَمَّا الثَّمَرُ الْمَجْدُودُ وَالزَّرْعُ الْمَحْصُودُ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الْمَتَاعِ لَا يَدْخُلُ إِلَّا بِالتَّصْرِيحِ بِهِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَأَمَّا إِذَا بَاعَتِ الْأَرْضُ) يَعْنِي مَعْطُوفًا عَلَى قَوْلِهِ وَلَا فَرْقَ: يَعْنِي: الثَّمَرُ لَا يَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ قِيَمَةٌ (وَأَمَّا الْأَرْضُ إِذَا بَاعَتْ وَقَدْ بَذَرَ فِيهَا صَاحِبُهَا وَلَمْ يَنْبُتْ فَإِنَّهُ لَا يَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ لِأَنَّهُ مُودَعٌ فِيهَا كَالْمَتَاعِ) وَذَكَرَ فِي فِتَاوَى الْفَضْلِيِّ ذَلِكَ فِيمَا إِذَا لَمْ يَعْفَنْ الْبَذَرُ فِي الْأَرْضِ، وَأَمَّا إِذَا عَفَنَ فِيهَا فَهُوَ لِلْمُشْتَرِي وَهَذَا لِأَنَّ بَيْعَ الْعَفْنِ بِالْفِرَادِهِ لَا يَصِحُّ فَكَانَ تَابِعًا وَلَوْ نَبَتَ وَلَمْ يَصِرْ لَهُ قِيَمَةٌ قَالَ أَبُو الْقَاسِمِ الصَّفَّارُ لَا يَدْخُلُ. وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ الْإِسْكَافِيُّ يَدْخُلُ.

قَالَ الشَّيْخُ (وَكَأَنَّ) وَصَحَّحَ بَعْضُ الشَّارِحِينَ تَشْدِيدَ التَّوْنِ (هَذَا بِنَاءٌ عَلَى الْاِخْتِلَافِ فِي جَوَازِ بَيْعِهِ) يَعْنِي فَمَنْ جَوَزَ بَيْعَهُ قَبْلَ أَنْ تَنَالَهُ الْمَشَاوِرُ وَالْمَنَاجِلُ لَمْ يَجْعَلْهُ تَابِعًا لِغَيْرِهِ، وَمَنْ لَمْ يُجَوِّزْهُ جَعَلْهُ تَابِعًا مُشْفَرًّا كَبَعِيرٍ شَفَقْتُهُ وَالْجَمْعُ مَشَاوِرٌ. وَالْمِنْجَلُ مَا يُحْصَدُ بِهِ الزَّرْعُ وَالْجَمْعُ مَنَاجِلُ.

قَالَ (وَلَا يَدْخُلُ الزَّرْعُ وَالثَّمَرُ) اعْلَمْ أَنَّ الْأَلْفَافِظَ فِي بَيْعِ الْأَرْضِ الْمَرْبُوعَةِ وَالشَّجَرَةِ الْمُثْمِرَةِ أَرْبَعَةٌ: الْأَوَّلُ أَنْ يَقُولَ بَاعْتُ الْأَرْضَ أَوِ الشَّجَرَ وَلَمْ يَزِدْ عَلَى ذَلِكَ وَقَدْ تَقَدَّمَ بَيَانُ ذَلِكَ. وَالثَّانِي بَعْتُ بِحَقُوقِهَا وَمَرَافِقِهَا. وَالثَّالِثُ بَعْتُ بِكُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ هُوَ لَهُ فِيهَا وَمِنْهَا مِنْ حَقُوقِهَا أَوْ مِنْ مَرَافِقِهَا. وَالرَّابِعُ بَعْتُ بِكُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ هُوَ لَهُ فِيهَا وَلَمْ يَقُلْ مِنْ حَقُوقِهَا أَوْ مِنْ مَرَافِقِهَا، وَفِي الثَّانِي وَالثَّالِثِ لَا يَدْخُلُ الزَّرْعُ وَالثَّمَرُ لِأَنَّ الْحَقَّ فِي الْعَادَةِ يُذَكِّرُنَا هُوَ تَبَعٌ لَا بُدَّ لِلْمَبِيعِ مِنْهُ كَالطَّرِيقِ وَالشَّرْبِ.

وَالْمَرَافِقُ مَا يَرْتَفِقُ بِهِ وَهُوَ مُخْتَصٌّ بِالتَّوَابِعِ كَمَسِيلِ الْمَاءِ وَالزَّرْعِ وَالثَّمَرِ لَيْسَا كَذَلِكَ فَلَا يَدْخُلَانِ. وَفِي الرَّابِعِ يَدْخُلَانِ لِعُمُومِ اللَّفْظِ، وَهَذَا إِذَا كَانَ فِي الْأَرْضِ أَوْ عَلَى الشَّجَرِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ الثَّمَرُ مَجْدُودًا وَالزَّرْعُ مَحْصُودًا فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الْمَتَاعِ لَا يَدْخُلَانِ إِلَّا بِالتَّصْرِيحِ بِهِ.

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ ثَمَرَةً لَمْ يَبْدُ صِلَاحُهَا أَوْ قَدْ بَدَأَ جَارَ الْبَيْعِ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ، إِمَّا لِكَوْنِهِ مُنْتَفَعًا بِهِ فِي الْحَالِ أَوْ فِي الثَّانِي، وَقَدْ قِيلَ لَا يَجُوزُ قَبْلَ أَنْ يَبْدُو صِلَاحُهَا وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ) (وَعَلَى الْمُشْتَرِي قَطْعُهَا فِي الْحَالِ) تَضَرُّعًا لِلْمَلِكِ الْبَائِعِ، وَهَذَا إِذَا اشْتَرَاهَا مُطْلَقًا أَوْ بِشَرَطِ الْقَطْعِ (وَإِنْ شَرَطَ تَرْكُهَا عَلَى النُّخِيلِ فَسَدَ الْبَيْعِ؛ لِأَنَّهُ شَرَطٌ لَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ

وَهُوَ شَغْلُ مَلِكٍ غَيْرٍ أَوْ هُوَ صَفَقَةٌ فِي صَفَقَةٍ وَهُوَ إِعَارَةٌ أَوْ إِجَارَةٌ فِي بَيْعٍ، وَكَذَا بَيْعُ الزَّرْعِ بِشَرْطِ التَّرْكِ لِمَا قُلْنَا.

وَكَذَا إِذَا تَنَاهَى عِظْمُهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لِمَا قُلْنَا، وَاسْتَحْسَنَهُ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ لِلْعَادَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَتَنَاهَ عِظْمُهَا؛ لِأَنَّهُ شَرْطٌ فِيهِ الْجُزْءُ الْمَعْدُومُ وَهُوَ الَّذِي يَزِيدُ لِمَعْنَى مِنَ الْأَرْضِ أَوْ الشَّجَرِ. وَلَوْ اشْتَرَاهَا مُطْلَقًا وَتَرَكَهَا بِإِذْنِ الْبَائِعِ طَابَ لَهُ الْفَضْلُ، وَإِنْ تَرَكَهَا بِغَيْرِ إِذْنِهِ تَصَدَّقَ بِمَا زَادَ فِي ذَاتِهِ لِحُصُولِهِ بِجَهَةِ مَحْظُورَةٍ، وَإِنْ تَرَكَهَا بَعْدَ مَا تَنَاهَى عِظْمُهَا لَمْ يَتَصَدَّقْ بِشَيْءٍ.

لأنَّ هَذَا تَغْيِيرُ حَالَتِهِ لَا تَحَقُّقُ زِيَادَةٍ، وَإِنْ اشْتَرَاهَا مُطْلَقًا وَتَرَكَهَا عَلَى النَّخِيلِ وَقَدْ اسْتَأْجَرَ النَّخِيلَ إِلَى وَقْتِ الْإِدْرَاكِ طَابَ لَهُ الْفَضْلُ؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ بَاطِلَةٌ لِعَدَمِ التَّعَارُفِ وَالْحَاجَةِ فَبَقِيَ الْإِذْنُ مُعْتَبَرًا، بِخِلَافِ مَا إِذَا اشْتَرَى الزَّرْعَ وَاسْتَأْجَرَ الْأَرْضَ إِلَى أَنْ يُدْرِكَ وَتَرَكَهُ حَيْثُ لَا يَطِيبُ لَهُ الْفَضْلُ؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ فَاسِدَةٌ لِلْجِهَالَةِ فَأَوْرَثَتْ خُبْنًا.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ ثَمَرَةً لَمْ يَبْدُ صَلَاحُهَا) يَبْعُ الثَّمَرِ عَلَى الشَّجَرِ لَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ قَبْلَ الظُّهُورِ أَوْ بَعْدَهُ، وَالْأَوَّلُ لَا يَجُوزُ، وَالثَّانِي جَائِزٌ بَدَأَ صَلَاحُهَا بِصَلَاحِهَا لَا تِنْفَاعَ بَنِي آدَمَ أَوْ عِلْفِ الدَّوَابِّ، أَوْ لَمْ يَبْدُ لَأَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ لِكَوْنِهِ مُتَّفَعًا بِهِ فِي الْحَالِ أَوْ فِي الزَّمَانِ الثَّانِي فَصَارَ كَمِيعِ الْجَحْشِ وَالْمُهْرِ، وَذَكَرَ شَمْسُ الْأَيْمَةِ السَّرْحَسِيُّ وَشَيْخُ الْإِسْلَامِ خَوَاهِرُ زَادَهُ أَنَّ الْبَيْعَ قَبْلَ أَنْ يُنْتَفَعَ بِهِ لَا يَجُوزُ لِنَهْيِ النَّبِيِّ ﷺ عَنْ بَيْعِ الثَّمَرِ قَبْلَ أَنْ يَبْدُوَ صَلَاحُهُ، وَلِأَنَّ الْبَيْعَ يَخْتَصُّ بِمَالٍ مُتَقَوِّمٍ، وَالثَّمَرُ قَبْلَ بُدْؤِ الصَّلَاحِ لَيْسَ كَذَلِكَ.

قَالَ الشَّيْخُ: وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ: يَعْنِي رَوَايَةً وَدِرَايَةً، أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَمَّا أَسَارَ إِلَيْهِ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي بَابِ الْعُشْرِ، وَلَوْ بَاعَ الثَّمَارَ فِي أَوَّلِ مَا تَطْلُعُ وَتَرَكَهَا بِإِذْنِ الْبَائِعِ حَتَّى أَذْرَكَ فَالْعُشْرُ عَلَى الْمُشْتَرِي، فَلَوْ لَمْ يَكُنْ الشَّرَاءُ جَائِزًا فِي أَوَّلِ مَا تَطْلُعُ لَمَا وَجَبَ الْعُشْرُ عَلَى الْمُشْتَرِي، وَأَمَّا الثَّانِيَةُ فَلَأَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ فِي الزَّمَانِ الثَّانِي، وَنَفْيُ جَوَازِهِ مُفْضٍ إِلَى نَفْيِ جَوَازِ بَيْعِ الْمُهْرِ وَالْجَحْشِ وَهُوَ ثَابِتٌ بِالْإِتِّفَاقِ، وَالْجَوَابُ عَنْ الْحَدِيثِ أَنَّ ثَأْوِيلَهُ إِذَا بَاعَهُ بِشَرْطِ التَّرْكِ أَوْ أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ النَّهْيُ عَنْ يَبْعِهَا سَلَمًا بِدَلِيلِ قَوْلِهِ ﷺ «أَرَأَيْتَ لَوْ

أَذْهَبَ اللَّهُ الثَّمَرَةَ بِمَ يَسْتَحِلُّ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ؟».

وَأَمَّا يُتَوَهَّمُ هَذَا إِذَا اشْتَرَى بِشَرَطِ التَّرْكِ إِلَى أَنْ يَبْدُوَ صَلاَحُهَا أَوْ بِطَرِيقِ السَّلَمِ، وَإِذَا جَازَ الْبَيْعُ وَجَبَ عَلَى الْمُشْتَرِي قَطْعُهَا فِي الْحَالِ تَفْرِيعًا لِمَلِكِ الْبَائِعِ. قَوْلُهُ (وَهَذَا) إِشَارَةٌ إِلَى الْجَوَازِ: أَيِ الْجَوَازِ إِذَا (اشْتَرَاهَا مُطْلَقًا أَوْ بِشَرَطِ الْقَطْعِ) أَمَّا إِذَا قَالَ اشْتَرَيْتَهُ عَلَى أَنِّي أَتْرُكُهَا عَلَى النَّخْلِ فَقَدْ فَسَدَ الْبَيْعُ لِأَنَّهُ شَرَطُ لَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ لِأَنَّهُ مُطْلَقُ الْبَيْعِ يَقْتَضِي تَسْلِيمَ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ فَهُوَ وَشَرَطُ الْقَطْعِ سَوَاءٌ فَكَانَ تَرْكُهَا عَلَى النَّخْلِ شُغْلَ مِلْكٍ غَيْرٍ، أَوْ أَنْ فِي هَذَا الْبَيْعِ صَفَقَةٌ فِي صَفَقَةٍ لِأَنَّهُ إِعَارَةٌ فِي بَيْعٍ أَوْ إِجَارَةٌ فِيهِ، لِأَنَّهُ تَرْكُهَا عَلَى النَّخْلِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ بِأَجْرٍ أَوْ غَيْرِهِ، وَالثَّانِي إِعَارَةٌ وَالْأَوَّلُ إِجَارَةٌ وَذَلِكَ مَنْهِيٌّ عَنْهُ، وَفِيهِ تَأْمُلٌ لِأَنَّ ذَلِكَ إِمَّا يَكُونُ صَفَقَةً أَنْ لَوْ جَازَتْ إِعَارَةُ الْأَشْجَارِ أَوْ إِجَارَتُهَا وَلَيْسَ كَذَلِكَ، نَعَمْ هُوَ إِمَّا يَسْتَقِيمُ إِذَا بَاعَ الزَّرْعَ بِشَرَطِ التَّرْكِ، فَإِنْ إِعَارَتُهَا وَإِجَارَتُهَا جَائِزَةٌ فَلِزَمِ صَفَقَةٍ فِي صَفَقَةٍ، هَذَا إِذَا كَانَتْ الثَّمَرَةُ لَمْ يَتَنَاهَ فِي عِظَمِهَا وَأَمَّا إِذَا تَنَاهَى عِظَمُهَا فَكَذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، وَهُوَ الْقِيَاسُ لِأَنَّ شَرَطَ التَّرْكِ مِمَّا لَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ، وَأَمَّا مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ فَقَدْ اسْتَحْسَنَ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ.

وَقَالَ: لَا يَفْسُدُ الْبَيْعُ لِتَعَارُفِ النَّاسِ بِذَلِكَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَتَنَاهَ عِظَمُهَا لِأَنَّهُ شَرَطٌ فِيهِ الْجُزْءُ الْمَعْدُومُ وَهُوَ الَّذِي يَزِيدُ لِمَعْنَى فِي الْأَرْضِ أَوْ الشَّجَرِ. وَالْجَوَابُ أَنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّ التَّعَامُلَ جَرَى فِي اشْتِرَاطِ التَّرْكِ وَلَكِنَّ الْمُعْتَادَ فِي مِثْلِهِ الْإِذْنُ فِي تَرْكِهَا بِلَا شَرَطٍ فِي الْعَقْدِ، وَلَوْ اشْتَرَى الثَّمَرَةَ الَّتِي لَمْ يَتَنَاهَ عِظَمُهَا وَلَمْ يَشْتَرِطِ التَّرْكَ وَتَرَكَهَا. فَإِنْ كَانَ يَأْذَنُ الْبَائِعُ طَابَ لَهُ الْفَضْلُ، وَإِنْ كَانَ بَغَيْرِ إِذْنِهِ تَصَدَّقَ بِمَا زَادَ فِي ذَاتِهِ بِأَنْ يُقَوِّمَ ذَلِكَ قَبْلَ الْإِذْرَاقِ وَيُقَوِّمَ بَعْدَهُ وَيَتَصَدَّقَ بِفَضْلِ مَا بَيْنَهُمَا، لِأَنَّ مَا زَادَ حَصَلَ بِجَهَةِ مَحْظُورَةٍ وَهِيَ حُصُولُهَا بِقُوَّةِ الْأَرْضِ الْمَعْصُوبَةِ.

وَإِذَا تَرَكَهَا بَغَيْرِ إِذْنِهِ بَعْدَمَا تَنَاهَى لَمْ يَتَصَدَّقْ بِشَيْءٍ لِأَنَّ هَذَا تَغْيِيرُ حَالَةٍ مِنَ الشَّيْءِ إِلَى التَّضَيُّعِ لَا تَحَقُّقُ زِيَادَةٍ فِي الْجِسْمِ، فَإِنَّ الثَّمَرَةَ إِذَا صَارَتْ بِهَذِهِ الْمَثَابَةِ لَا يَزْدَادُ فِيهَا مِنْ مِلْكِ الْبَائِعِ بَغَيْرِ إِذْنِهِ شَيْءٌ، بَلِ الشَّمْسُ تُنْضِجُهَا وَالْقَمَرُ يُلَوِّثُهَا وَالْكَوَاكِبُ تُعْطِيهَا الطَّعْمَ، وَإِنْ اشْتَرَاهَا مُطْلَقًا عَنِ التَّرْكِ وَالْقَطْعِ وَتَرَكَهَا عَلَى النَّخْلِ بِاسْتِشْجَارِ

التَّخِيلِ إِلَى وَقْتِ الإِذْرَاكِ طَابَ لَهُ الْفَضْلُ لِبُطْلَانِ إِجَارَةِ التَّخِيلِ لَعَدَمِ التَّعَارُفِ، فَإِنَّ التَّعَارُفَ لَمْ يَجْرِ فِيمَا بَيْنَ النَّاسِ بِاسْتِجَارِ الْأَشْجَارِ، وَلَعَدَمِ الْحَاجَةِ إِلَى ذَلِكَ لِأَنَّ الْحَاجَةَ إِلَى التَّرْكِ بِالْإِجَارَةِ إِنَّمَا تَتَحَقَّقُ إِذَا لَمْ يَكُنْ مُخْلَصَ سِوَاهَا، وَهَاهُنَا يُمَكِّنُ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَشْتَرِيَ الثَّمَارَ مَعَ أَصُولِهَا عَلَى مَا سَنَذْكُرُهُ.

وَإِذَا بَطَلَتِ الْإِجَارَةُ بَقِيَ الإِذْنُ مُعْتَبَرًا فَيَطِيبُ لَهُ الْفَضْلُ فَإِنْ قِيلَ: لَا تُسَلِّمُ بَقَاءَ الإِذْنِ فَإِنْ ثَبَتَ فِي ضِمْنِ الْإِجَارَةِ، وَفِي بُطْلَانِ الْمُتَضَمِّنِ بُطْلَانُ الْمُتَضَمِّنِ كَالْوَكَالَةِ الثَّانِيَةِ فِي ضِمْنِ الرَّهْنِ تَبْطُلُ بِبُطْلَانِ الرَّهْنِ.

أُجِيبَ بِأَنَّ الْبَاطِلَ مَعْدُومٌ لِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي لَا تَحَقُّقَ لَهُ أَصْلًا وَلَا وَصْفًا شَرْعًا عَلَى مَا عُرِفَ، وَالْمَعْدُومُ لَا يَتَضَمَّنُ شَيْئًا حَتَّى يَبْطُلَ بِبُطْلَانِهِ، بَلْ كَانَ ذَلِكَ الْكَلَامُ ابْتِدَاءً عِبَارَةً عَنِ الإِذْنِ فَكَانَ مُعْتَبَرًا، بِخِلَافِ مَا إِذَا اشْتَرَى الزُّرْعَ وَاسْتَأْجَرَ الْأَرْضَ إِلَى أَنْ يَذْرُوكَ الزُّرْعَ وَتَوَكُّهُ حَيْثُ لَا يَطِيبُ لَهُ الْفَضْلُ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ فَاسِدَةٌ لَجَهَالَةِ وَقْتِ الزُّرْعِ، فَإِنَّ الإِذْرَاكَ قَدْ يَتَقَدَّمُ لِسِدَّةِ الْحَرِّ وَقَدْ يَتَأَخَّرُ لِلْبَرْدِ.

وَالْفَاسِدُ مَا لَهُ تَحَقُّقٌ مِنْ حَيْثُ الْأَصْلُ فَاِمُكِّنَ أَنْ يَكُونَ مُتَضَمِّنًا لَشَيْءٍ وَيَفْسُدَ ذَلِكَ الشَّيْءُ لِفَسَادِ الْمُتَضَمِّنِ، وَإِذَا انْتَهَى الإِذْنُ كَانَ الْفَضْلُ خَبِيثًا وَسَبِيلُهُ التَّصَدُّقُ. وَلَوْ اشْتَرَى الثَّمَارَ مُطْلَقًا عَنِ الْقَطْعِ وَالتَّرْكِ عَلَى التَّخِيلِ وَتَوَكُّهَا وَأَثْمَرَتْ مُدَّةَ التَّرْكِ ثَمَرَةً أُخْرَى فَإِنْ كَانَ قَبْلَ الْقَبْضِ: يَعْنِي قَبْلَ تَخْلِيَةِ الْبَائِعِ بَيْنَ الْمُشْتَرِي وَالثَّمَارِ فَسَدَ الْبَيْعُ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ تَسْلِيمَ الْمَبِيعِ لَتَعَذُّرِ التَّمْيِيزِ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الْقَبْضِ لَمْ يَفْسُدَ الْبَيْعُ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ قَدْ وَجَدَ وَحَدَّثَ مِلْكًا لِلْبَائِعِ وَاخْتَلَطَ بِمِلْكِ الْمُشْتَرِي فَيَشْتَرِكَانِ فِيهِ لِلَاخْتِلَاطِ. وَالْقَوْلُ فِي مَقْدَارِ الزَّائِدِ قَوْلُ الْمُشْتَرِي لِأَنَّ الْمَبِيعَ فِي يَدِهِ فَكَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لَهُ هَذَا ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ، وَكَانَ شَمْسُ الْأَئِمَّةِ الْحُلَوَانِيُّ يُفْتِي بِجَوَازِهِ وَيَزْعُمُ أَنَّهُ مَرْوِيُّ عَنْ أَصْحَابِنَا، وَحُكِيَ عَنِ الشَّيْخِ الْإِمَامِ الْجَلِيلِ أَبِي بَكْرٍ مُحَمَّدِ بْنِ الْفَضْلِ الْبُخَارِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ كَانَ يُفْتِي بِجَوَازِهِ وَيَقُولُ اجْعَلِ الْمَوْجُودَ أَصْلًا وَمَا يَحْدُثُ بَعْدَ ذَلِكَ تَبْعًا، وَلِهَذَا شَرِطَ أَنْ يَكُونَ الْخَارِجُ أَكْثَرَ.

وَلَوْ اشْتَرَاهَا مُطْلَقًا فَأَثْمَرَتْ ثَمَرًا آخَرَ قَبْلَ الْقَبْضِ فَسَدَ الْبَيْعُ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ تَسْلِيمَ الْمَبِيعِ لَتَعَذُّرِ التَّمْيِيزِ. وَلَوْ أَثْمَرَتْ بَعْدَ الْقَبْضِ يَشْتَرِكَانِ فِيهِ لِلَاخْتِلَاطِ، وَالْقَوْلُ

قَوْلُ الْمُشْتَرِي فِي مِقْدَارِهِ؛ لِأَنَّهُ فِي يَدِهِ، وَكَذَا فِي الْبَادِنَجَانِ وَالْبَطِيخِ، وَالْمَخْلَصُ أَنْ يَشْتَرِيَ الْأَصُولَ لِتَحْصُلِ الزِّيَادَةُ عَلَى مِلْكِهِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَكَذَا فِي الْبَادِنَجَانِ وَالْبَطِيخِ) يَعْنِي أَنَّ الْبَيْعَ لَا يَجُوزُ إِذَا حَدَثَ شَيْءٌ قَبْلَ الْقَبْضِ وَإِذَا حَدَثَ بَعْدَهُ يَشْتَرِكَانِ (وَالْمَخْلَصُ) أَيُّ الْحِيلَةِ فِي جَوَازِهِ فِيمَا إِذَا حَدَثَ قَبْلَ الْقَبْضِ أَنْ يَشْتَرِيَ الْأَصُولَ لِتَحْصُلِ الزِّيَادَةُ عَلَى مِلْكِهِ، وَلِهَذَا قَالَ شَمْسُ الْأُيُومَةِ السَّرْحَسِيُّ: إِنَّمَا يَجُوزُ بِجَعْلِ الْمَوْجُودِ أَصْلًا وَالْحَادِثِ تَبَعًا إِذَا كَانَ ثَمَّةَ ضَرُورَةٍ، وَلَا ضَرُورَةَ هَاهُنَا لِانْدِفَاعِهَا بِبَيْعِ الْأَصُولِ.

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَ ثَمَرَةً وَيَسْتَنْتِي مِنْهَا، أَرْطَالًا مَعْلُومَةً) خِلَافًا لِمَالِكٍ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لِأَنَّ الْبَاقِيَ بَعْدَ الْاسْتِثْنَاءِ مَجْهُولٌ. بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ وَاسْتَنْتَى تَخْلًا مُعَيَّنًا؛ لِأَنَّ الْبَاقِيَ مَعْلُومٌ بِالْمُشَاهَدَةِ. قَالَ ﷺ قَالُوا هَذِهِ رِوَايَةُ الْحَسَنِ وَهُوَ قَوْلُ الطَّحَاوِيِّ؛ أَمَّا عَلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ يَنْبَغِي أَنْ يَجُوزَ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ أَنْ مَا يَجُوزُ إِيْرَادُ الْعَقْدِ عَلَيْهِ بِانْفِرَادِهِ يَجُوزُ اسْتِثْنَاؤُهُ مِنَ الْعَقْدِ، وَبِيعُ قَفْيزٍ مِنْ صُبْرَةٍ جَائِزٌ فَكَذَا اسْتِثْنَاؤُهُ، بِخِلَافِ اسْتِثْنَاءِ الْحِمْلِ وَأَطْرَافِ الْحَيَوَانِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ، فَكَذَا اسْتِثْنَاؤُهُ.

الشرح:

(قَالَ وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَ ثَمَرَةً) إِذَا بَاعَ ثَمَرَةً (وَاسْتَنْتَى مِنْهَا أَرْطَالًا مَعْلُومَةً) لَمْ يَجْزْ خِلَافًا لِمَالِكٍ وَلَمْ يُبَيَّنْ أَنْ مُرَادَهُ الثَّمَرَةُ عَلَى رُءُوسِ النَّخِيلِ أَوْ ثَمَرَةً مَجْدُودَةً، وَذَكَرَ فِي بَعْضِ فَوَائِدِ هَذَا الْكِتَابِ أَنْ مُرَادَهُ مَا كَانَ عَلَى النَّخِيلِ. وَأَمَّا بَيْعُ الْمَجْدُودِ فَجَائِزٌ، وَهُوَ مُخَالَفٌ لِمَا ذَكَرَ فِي شَرْحِ: الطَّحَاوِيِّ فَإِنَّهُ قَالَ: إِذَا بَاعَ الثَّمَرُ عَلَى رُءُوسِ النَّخِيلِ إِلَّا صَاعًا مِنْهَا يَجُوزُ الْبَيْعُ لِأَنَّ الْمُسْتَنْتَى مَعْلُومٌ، كَمَا إِذَا كَانَ الثَّمَرُ مَجْدُودًا مَوْضُوعًا عَلَى الْأَرْضِ فَبَاعَ الْكُلَّ إِلَّا صَاعًا يَجُوزُ، وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْحُكْمَ فِيهِمَا سَوَاءٌ.

وَاسْتَدَلَّ بِقَوْلِهِ (لَأَنَّ الْبَاقِيَ بَعْدَ الْاسْتِثْنَاءِ مَجْهُولٌ) وَالْمَجْهُولُ لَا يَرِدُ عَلَيْهِ الْعَقْدُ، وَهَذَا يَدُلُّ أَيْضًا عَلَى أَنَّ الْحُكْمَ فِيهِمَا سَوَاءٌ بِخِلَافِ مَا إِذَا اسْتَنْتَى تَخْلًا مُعَيَّنًا لِأَنَّ الْبَاقِيَ مَعْلُومٌ بِالْمُشَاهَدَةِ) كَمْ هِيَ تَخْلَةٌ، قَالَ الْمُصَنِّفُ (قَالُوا هَذِهِ رِوَايَةُ الْحَسَنِ وَهُوَ قَوْلُ الطَّحَاوِيِّ) وَاعْتَرِضَ بِأَنَّ الْجَهَالََةَ الْمَانِعَةَ مِنَ الْجَوَازِ مَا كَانَتْ مُفْضِيَةً إِلَى النَّزَاعِ، وَهَذِهِ

لَيْسَتْ كَذَلِكَ لِتَرْضَاهُمَا بِذَلِكَ فَلَا تَكُونُ مَانِعَةً. وَأُجِيبَ بَأَنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّهَا لَيْسَتْ
كَذَلِكَ فَرُبَّمَا كَانَ الْبَائِعُ يَطْلُبُ صَاعًا مِنَ الثَّمَرِ أَحْسَنَ مَا يَكُونُ وَالْمُشْتَرِي يَدْفَعُ إِلَيْهِ مَا
هُوَ أَرَادَ الثَّمَرُ فَيَقْضِي إِلَى النَّزَاعِ.

سَلَّمْنَا ذَلِكَ لَكِنْ بِجَوَازِ تَرْضَاهُمَا عَلَى شَيْءٍ مِنْهُ قَدْ لَا يَكُونُ الثَّمَرُ إِلَّا قَدَرُ
الْمُسْتَنْتَى فَيَخْلُو الْعَقْدُ عَنِ الْفَائِدَةِ فَلَا يَصِحُّ، كَمَا لَا يَصِحُّ مِثْلُهُ فِي الْمُضَارَبَةِ بِهَذَا الْمَعْنَى،
وَعَنْ هَذَا قَالَ بَعْضُ الشَّارِحِينَ يُشِيرُ إِلَى هَذَا قَوْلُهُ أَرْطَالًا مَعْلُومَةً. وَرَدَّ بَأَنَّهُ لَوْ كَانَ
الْمُسْتَنْتَى صَاعًا وَاحِدًا أَوْ رِطْلًا وَاحِدًا فَالْحُكْمُ كَذَلِكَ، وَبَأَنَّهُ لَا يَخْلُو إِمَّا أَنَّهُ بَقِيَ شَيْءٌ
بَعْدَ الاسْتِنَاءِ أَوْ لَا، وَكُلٌّ مِنَ التَّقْدِيرَيْنِ يَقْتَضِي صِحَّةَ الْعَقْدِ.

أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَأَنَّ الْبَاقِيَ بَعْدَ الاسْتِنَاءِ مَعْلُومٌ لَكُونَ الْمُسْتَنْتَى مَعْلُومًا، سَلَّمْنَا أَنَّ
الْبَاقِيَ غَيْرُ مَعْلُومٍ وَرَبَّمَا لَكِنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِشَرْطٍ إِلَّا إِذَا بَاعَ مُوَازَنَةً وَلَيْسَ الْفَرْضُ ذَلِكَ
فَجَازَ أَنْ يَكُونَ الْبَيْعُ فِي الْبَاقِي مُجَازَفَةً وَهُوَ مَعْلُومٌ مُشَاهِدَةً. وَأَمَّا الثَّانِي فَلَأَنَّهُ يَكُونُ
حِينَئِذٍ اسْتِنَاءَ الْكُلِّ مِنَ الْكُلِّ فَيَطْلُ الْاسْتِنَاءُ وَيَجُوزُ الْبَيْعُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ هَذَا بِاعْتِبَارِ
الْمَالِ، وَأَمَّا فِي الْحَالِ فَلَا يُعْرَفُ هَلْ يَبْقَى بَعْدَ الاسْتِنَاءِ شَيْءٌ أَوْ لَا فَصَارَ مَجْهُولًا، وَفِيهِ
نَظَرٌ لَأَنَّهَا لَيْسَتْ مُقْضِيَةً إِلَى النَّزَاعِ فَهُوَ أَوَّلُ الْمَسْأَلَةِ.

ثُمَّ قَالَ الْمُصَنِّفُ (أَمَّا عَلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ يَنْبَغِي أَنْ يَجُوزَ) يُرِيدُ بِهِ عَلَى قِيَاسِ
ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، فَإِنَّ حُكْمَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ لَمْ يُذَكَّرْ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ صَرِيحًا وَلِهَذَا قَالَ: يَنْبَغِي
أَنْ يَجُوزَ لِأَنَّ الْأَصْلَ أَنَّ مَا يَجُوزُ إِرَادُ الْعَقْدِ عَلَيْهِ بِإِنْفِرَادِهِ يَجُوزُ اسْتِنَاؤُهُ مِنَ الْعَقْدِ
وَبَيْعُ قَفِيرٍ مِنْ صُبْرَةٍ جَائِزٌ فَكَذَا اسْتِنَاؤُهُ، وَيَنْعَكُسُ إِلَى أَنَّ مَا لَا يَجُوزُ إِرَادُ الْعَقْدِ عَلَيْهِ
بِإِنْفِرَادِهِ لَا يَجُوزُ اسْتِنَاؤُهُ، وَفِي بَيْعِ أَطْرَافِ الْحَيَوَانِ فِيهِ وَحْمَلُهُ لَا يَرُدُّ عَلَيْهِ الْعَقْدُ
بِإِنْفِرَادِهِ فَكَذَا لَا يَجُوزُ اسْتِنَاؤُهُ، وَهَذَا لِأَنَّ الاسْتِنَاءَ يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ الْمُسْتَنْتَى مَقْصُودًا
مَعْلُومًا.

وَإِفْرَادُ الْعَقْدِ يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ الْمَقْصُودُ عَلَيْهِ مَقْصُودًا مَعْلُومًا فَتَشَارَكَ فِي الْقَصْدِ
وَالْعِلْمِ، فَمَا جَازَ أَنْ يَقَعَ مَقْصُودًا عَلَيْهِ بِإِنْفِرَادِهِ جَازَ أَنْ يُسْتَنْتَى وَبِالْعَكْسِ، وَعَلَى هَذَا لَوْ
قَالَ بَعْتُكَ هَذِهِ الصُّبْرَةَ بِكَذَا إِلَّا قَفِيرًا مِنْهَا بِدَرَاهِمٍ صَحَّ فِي جَمِيعِ الصُّبْرَةِ إِلَّا فِي قَفِيرٍ
لَأَنَّهُ اسْتَنْتَى مَا يَجُوزُ إِفْرَادُهُ بِالْعَقْدِ عَلَيْهِ.

وَأَمَّا لَوْ قَالَ بَعْتُكَ هَذَا الْقَطِيعَ مِنَ الْغَنَمِ إِلَّا شَاةَ مِنْهَا بِغَيْرِ عَيْنِهَا بِمِائَةِ دِرْهِمٍ فَلَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ اسْتَشْنَى مَا لَا يَجُوزُ إِفْرَادُ الْعَقْدِ عَلَيْهِ، وَلَوْ قَالَ إِلَّا هَذِهِ الشَّاةَ بِعَيْنِهَا جَازَ لِأَنَّهُ يَجُوزُ إِفْرَادُ الْعَقْدِ عَلَيْهِ فَيَجُوزُ اسْتِثْنَاؤُهُ، وَكَذَا الْحُكْمُ فِي جَمِيعِ الْعَدَدِيَّاتِ الْمُتَفَاوِثَةِ كَالثِّيَابِ وَالْعَبِيدِ، بِخِلَافِ الْكِيلِيِّ وَالْوَزْنِيِّ وَالْعَدَدِيِّ الْمُتَقَارِبِ فَإِنْ اسْتِثْنَاءَ قَدَرٍ مِنْهُ وَإِيرَادَ الْعَقْدِ عَلَيْهِ جَائِزٌ لِأَنَّ الْجَهَالََةَ لَا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ.

قِيلَ مَا الْفَرْقُ بَيْنَ قَوْلِهِ بَعْتُكَ هَذَا الْقَطِيعَ مِنَ الْغَنَمِ إِلَّا هَذِهِ الشَّاةَ بِعَيْنِهَا بِمِائَةِ دِرْهِمٍ فَإِنَّهُ جَائِزٌ وَبَيْنَ قَوْلِهِ بَعْتُكَ هَذَا الْقَطِيعَ مِنَ الْغَنَمِ كُلَّهُ عَلَى أَنَّ لِي هَذِهِ الشَّاةَ الْوَاحِدَةَ مِنْهُ بِعَيْنِهَا فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ مَعَ أَنَّهُ قَدْ اسْتَشْنَى الشَّاةَ الْمُعَيَّنَةَ مِنَ الْقَطِيعِ مَعْنَى. وَأُجِيبَ بِأَنَّ فِي الْاسْتِثْنَاءِ الْمُسْتَشْنَى لِبَيَانِ أَنَّهُ لَمْ يَدْخُلْ فِي الْمُسْتَشْنَى مِنْهُ لِأَنَّهُ لَمْ يَدْخُلْ كَمَا عُرِفَ فِي الْأَصُولِ فَلَمْ يَكُنْ إِفْرَادُهَا إِخْرَاجًا بِحِصَّتِهَا مِنَ الثَّمَنِ فَلَا جَهَالََةٌ فِيهِ.

وَأَمَّا فِي الشَّرْطِ فَلَأَنَّ الشَّاةَ دَخَلَتْ أَوَّلًا فِي الْجُمْلَةِ ثُمَّ خَرَجَتْ بِحِصَّتِهَا مِنَ الثَّمَنِ وَهِيَ مَجْهُولَةٌ فَيَفْسُدُ الْبَيْعُ فِي الْكُلِّ، وَنَظِيرُهُ مَا لَوْ قَالَ بَعْتُكَ هَذَا الْعَبْدَ إِلَّا عَشْرَهُ فَإِنَّهُ صَحِيحٌ فِي تِسْعَةِ أَعْشَارِهِ، وَلَوْ قَالَ عَلَى أَنَّ لِي عَشْرَهُ لَمْ يَصَحَّ. قِيلَ وَلَقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: سَلَمْنَا أَنْ إِيرَادَ الْعَقْدِ عَلَى الْأَرْطَالِ الْمَعْلُومَةِ وَاسْتِثْنَاءِهَا جَائِزٌ لَكِنْ لَا نُسَلِّمُ جَوَازَ بَيْعِ الْبَاقِي وَهُوَ مَجْهُولٌ. وَالْجَوَابُ أَنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّ الْبَاقِيَ مَجْهُولٌ لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّ الْمُسْتَشْنَى إِذَا كَانَ مَعْلُومًا لَمْ تَسِرْ مِنْهُ جَهَالََةٌ إِلَى الْمُسْتَشْنَى مِنْهُ إِلَّا بِحَسَبِ الْوِزْنِ فَيَكُونُ الْبَيْعُ فِي الْبَاقِي مُجَازَفَةً وَهِيَ لَا تَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ مِقْدَارِ الْمَبِيعِ.

(وَيَجُوزُ بَيْعُ الْحِنْطَةِ فِي سُنْبُلِهَا وَالْبَاقِلَاءِ فِي قَشْرِهِ) وَكَذَا الْأُرْزُ وَالسَّمْسِمُ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَجُوزُ بَيْعُ الْبَاقِلَاءِ الْأَخْضَرِ، وَكَذَا الْجَوْزُ وَاللُّوزُ وَالْفُسْتُقُ فِي قَشْرِهِ الْأَوَّلِ عِنْدَهُ. وَلَهُ فِي بَيْعِ السُّنْبُلَةِ قَوْلَانِ، وَعِنْدَنَا يَجُوزُ ذَلِكَ كُلُّهُ. لَهُ أَنْ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ مَسْتُورٌ بِمَا لَا مَنْفَعَةَ لَهُ فِيهِ فَأَشْبَهَ ثُرَابَ الصَّاعَةِ إِذَا بَاعَ بِحِنْسِهِ.

وَلَنَا مَا رَوِيَ عَنِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «أَنَّهُ نَهَى عَنِ بَيْعِ النُّخْلِ حَتَّى يَزْهُوَ، وَعَنِ بَيْعِ السُّنْبُلِ حَتَّى يَبْيَضَ وَيَأْمَنَ الْعَاهَةُ»؛ وَلَأَنَّهُ حَبٌّ مُنْتَفَعٌ بِهِ فَيَجُوزُ بَيْعُهُ فِي سُنْبُلِهِ كَالشَّعِيرِ وَالْجَامِعُ كَوْنُهُ مَا لَا مُتَقَوِّمًا، بِخِلَافِ ثُرَابِ الصَّاعَةِ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ

بِجِنْسِهِ لاحتِمَالِ الرَّبَا، حَتَّىٰ لَوْ بَاعَهُ بِخِلَافِ جِنْسِهِ جَارَ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا لَوْ بَاعَهُ بِجِنْسِهِ لَا يَجُوزُ أَيْضًا لَشُبْهَةِ الرَّبَا؛ لِأَنَّهُ لَا يَدْرِي قَدْرَ مَا فِي السَّنَابِلِ.

الشرح:

قَالَ (وَيَجُوزُ بَيْعُ الحِنْطَةِ فِي سُئْلِهَا) بَيْعُ الشَّيْءِ فِي غِلَافِهِ لَا يَجُوزُ إِلَّا بَيْعُ الحُبُوبِ كَالْحِنْطَةِ وَالبَقْلَاءِ (وَالأُرْزِ وَالسُّمْسِمِ). وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَجُوزُ بَيْعُ البَقْلَاءِ الْأَخْضَرِ وَالْجَوْزِ وَاللُّوزِ وَالفُسْتِقِ فِي قَشَرِهِ فِي قَوْلِهِ الْأَوَّلِ) وَكَذَا بَيْعُ الحِنْطَةِ فِي قَوْلِهِ الْجَدِيدِ، وَاسْتَدَلَّ بِأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ مَسْتُورٌ بِمَا لَا مَنَفْعَةَ لَهُ، وَالعَقْدُ فِي مِثْلِهِ لَا يَصِحُّ كَمَا إِذَا بَاعَ ثُرَابُ الصَّاعَةِ بِمِثْلِهِ.

وَلَنَا مَا رَوَى ابْنُ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مَا عَنْ النَّبِيِّ ﷺ "أَنَّهُ «نَهَى عَنْ بَيْعِ النَّخْلِ حَتَّىٰ يَزْهُوَ، وَعَنْ بَيْعِ السُّئِيلِ حَتَّىٰ يَبْيَضَّ وَيَأْمَنَ الْعَاهَةُ»، وَحُكْمُ مَا بَعْدَ الْعَايَةِ خِلَافُ حُكْمِ مَا قَبْلَهَا. وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ اسْتِدْلَالٌ بِمَفْهُومِ الْعَايَةِ وَالْأَوَّلَىٰ أَنْ يُسْتَدَلَّ بِقَوْلِهِ نَهَىٰ فَإِنَّ النَّهْيَ يَقْتَضِي المَشْرُوعِيَّةَ كَمَا عُرِفَ (قَوْلُهُ وَلَا أَنَّهُ حَبٌّ مُنْتَفَعٌ بِهِ) كَأَنَّهُ جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ مَسْتُورٌ بِمَا لَا مَنَفْعَةَ لَهُ. وَتَقْرِيرُهُ: لَا تُسَلِّمُ أَنَّهُ لَا مَنَفْعَةَ فِيهِ بَلْ هُوَ أَيْ المَبِيعُ بِقَشَرِهِ حَبٌّ مُنْتَفَعٌ بِهِ، وَمَنْ أَكَلَ القَوْلِيَّةَ شَهِدَ بِذَلِكَ وَأَنَّ الحُبُوبَ المَذْكُورَةَ تُذَخَّرُ فِي قَشَرِهَا.

قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿فَذَرُوهُ فِي سُئْلِهِ﴾ [يوسف: ٤٧] وَهُوَ ائْتِفَاعٌ لَا مَحَالَةَ. فَجَازَ البَيْعُ كَبَيْعِ الشَّعِيرِ بِجَامِعِ كَوْنِهِمَا مَالَيْنِ مُتَقَوِّمَيْنِ يُنْتَفَعُ بِهِمَا. وَبَيْعُ ثُرَابِ الصَّاعَةِ إِنَّمَا لَا يَجُوزُ إِذَا بَاعَ بِجِنْسِهِ لاحتِمَالِ الرَّبَا حَتَّىٰ إِذَا بَاعَ بِخِلَافِ جِنْسِهِ جَارَ. وَفِي مَسْأَلَتِنَا لَوْ يَبْعُ بِجِنْسِهِ لَا يَجُوزُ أَيْضًا لَشُبْهَةِ الرَّبَا لَجَهَالَةِ قَدْرِ مَا فِي السُّئِيلَةِ. فَإِنْ قِيلَ مَا الْفَرْقُ بَيْنَ مَسْأَلَتِنَا وَبَيْنَ مَا إِذَا بَاعَ حَبٌّ قُطْنٍ فِي قُطْنٍ بَعَيْنِهِ أَوْ تَوَى ثَمَرٍ فِي ثَمَرٍ بَعَيْنِهِ وَهُمَا سَيَّانٌ فِي كَوْنِ المَبِيعِ مُغْلَفًا؟

أُجِيبَ بِأَنَّ الغَالِبَ فِي السُّئِيلَةِ الحِنْطَةُ، يُقَالُ هَذِهِ حِنْطَةٌ وَهِيَ فِي سُئْلِهَا وَلَا يُقَالُ هَذَا حَبٌّ وَهُوَ فِي القُطْنِ، وَإِنَّمَا يُقَالُ هَذَا قُطْنٌ وَكَذَلِكَ فِي الثَّمَرِ إِلَيْهِ أَشَارَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

(وَمَنْ بَاعَ دَارًا دَخَلَ فِي البَيْعِ مَفَاتِيحُ إِغْلَاقِهَا)؛ لِأَنَّهُ يَدْخُلُ فِيهِ الإِغْلَاقُ؛ لِأَنَّهَا مُرَكَّبَةٌ فِيهَا لِلْبَقَاءِ وَالمِفْتَاحُ يَدْخُلُ فِي بَيْعِ الغَلَقِ مِنْ غَيْرِ تَسْمِيَةٍ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ بَعْضِ مِنْهُ

إِذَا لَا يُنْتَفَعُ بِهِ بِدُونِهِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ دَارًا إِنْهَا) الْإِغْلَاقُ جَمْعُ غَلَقٍ يَفْتَحُ اللّامَ وَهُوَ مَا يُغْلَقُ وَيُفْتَحُ بِالْمِفْتَاحِ إِذَا بَاعَ دَارًا دَخَلَ فِي الْبَيْعِ إِغْلَاقُهَا بِنَاءً عَلَى مَا تَقَدَّمَ أَنَّ مَا كَانَ مَوْضُوعًا فِيهِ لِلْقَرَارِ كَانَ دَاخِلًا، وَالْإِغْلَاقُ كَذَلِكَ لِأَنَّهَا مُرَكَّبَةٌ فِيهَا لِلْبَقَاءِ، وَالْمِفْتَاحُ يَدْخُلُ فِي بَيْعِ الْغَلَقِ بِلا تَسْمِيَةٍ لِأَنَّهُ كَالْجُزْءِ مِنْهُ إِذَا لَا يُنْتَفَعُ بِهِ بِدُونِهِ، وَالْدَّاحِلُ فِي الدَّاحِلِ فِي الشَّيْءِ دَاخِلٌ فِي ذَلِكَ الشَّيْءِ.

فَإِنْ قِيلَ: عَدَمُ الْإِنْتِفَاعِ بِدُونِ شَيْءٍ لَا يَسْتَلْزِمُ دُخُولَهُ فِي بَيْعِهِ فَإِنَّ الْإِنْتِفَاعَ بِالْدَّارِ لَا يُمَكِّنُ إِلَّا بِطَرِيقٍ وَلَا يَدْخُلُ فِي بَيْعِ الدَّارِ. فَالْجَوَابُ أَنَّ الدَّاحِلَ فِي الدَّاحِلِ فِي الشَّيْءِ دَاخِلٌ لَا مَحَالَةَ، وَقَوْلُهُ الْإِنْتِفَاعُ بِالْدَّارِ لَا يُمَكِّنُ إِلَّا بِالطَّرِيقِ قُلْنَا: الْإِنْتِفَاعُ بِهَا لَا يُمَكِّنُ إِلَّا بِالطَّرِيقِ مُطْلَقًا أَوْ مِنْ حَيْثُ السُّكْنَى، وَالْأَوَّلُ مَمْنُوعٌ فَإِنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مُرَادُ الْمُشْتَرِي أَخْذَ الشُّفْعَةِ بِسَبَبِ مِلْكِ الدَّارِ وَهُوَ انْتِفَاعٌ بِهَا لَا مَحَالَةَ، وَالثَّانِي مُسَلَّمٌ وَلِهَذَا دَخَلَ الطَّرِيقُ فِي الْإِجَارَةِ وَلَكِنْ لَيْسَ الْكَلَامُ فِي ذَلِكَ، وَالْقُفْلُ وَمِفْتَاحُهُ لَا يَدْخُلَانِ وَالسُّلْمُ إِنْ اتَّصَلَ بِالْبِنَاءِ مِنْ خَشَبٍ كَانَ أَوْ حَجَرٍ يَدْخُلُ، وَإِنْ لَمْ يَتَّصِلْ لَا يَدْخُلُ.

قَالَ (وَأَجْرَةُ الْكَيْالِ وَنَاقِدِ الثَّمَنِ عَلَى الْبَائِعِ) أَمَّا الْكَيْلُ فَلَا بُدَّ مِنْهُ لِلتَّسْلِيمِ وَهُوَ عَلَى الْبَائِعِ وَمَعْنَى هَذَا إِذَا بَاعَ مِكَايِلَةً، وَكَذَا أَجْرَةُ الْوِزَانِ وَالزَّرَاعِ وَالْعِدَادِ، وَأَمَّا النَّقْدُ فَالْمَذْكُورُ رِوَايَةُ ابْنِ رُسْتَمٍ عَنْ مُحَمَّدٍ؛ لِأَنَّ النَّقْدَ يَكُونُ بَعْدَ التَّسْلِيمِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَكُونُ بَعْدَ الْوِزْنِ وَالْبَائِعُ هُوَ الْمُحْتَاجُ إِلَيْهِ لِيُمَيِّزَ مَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّهُ مِنْ غَيْرِهِ أَوْ لِيَعْرِفَ الْمَعْيَبَ لِيَرُدَّهُ. وَفِي رِوَايَةِ ابْنِ سِمَاعَةَ عَنْهُ عَلَى الْمُشْتَرِي.

لَأَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى تَسْلِيمِ الْجَيِّدِ الْمَقْدَرِ، وَالْجُودَةُ تُعْرَفُ بِالنَّقْدِ كَمَا يُعْرَفُ الْقَدَرُ بِالْوِزْنِ فَيَكُونُ عَلَيْهِ. قَالَ (وَأَجْرَةُ وَزَانِ الثَّمَنِ عَلَى الْمُشْتَرِي) لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّهُ هُوَ الْمُحْتَاجُ إِلَى تَسْلِيمِ الثَّمَنِ وَبِالْوِزْنِ يَتَحَقَّقُ التَّسْلِيمُ.

الشرح:

قَالَ: وَأَجْرَةُ الْكَيْالِ وَنَاقِدِ الثَّمَنِ إِذَا بَاعَ الْمِكِيلَ مِكَايِلَةً أَوْ الْمَوْزُونَ مَوَازِنَةً أَوْ

الْمَعْدُودَ عَدَدًا وَاحْتِاجَ إِلَى أَجْرَةِ الْكَيْالِ وَالْوَزَانِ وَالْعَدَادِ فَهِيَ عَلَى الْبَائِعِ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ وَاجِبٌ عَلَيْهِ وَهُوَ لَا يَحْصُلُ إِلَّا بِهَذِهِ الْأَفْعَالِ وَمَا لَا يَتِمُّ الْوَاجِبُ إِلَّا بِهِ فَهُوَ وَاجِبٌ. وَأَمَّا أَجْرَةُ نَاقِدِ الثَّمَنِ فِي رِوَايَةِ ابْنِ رُسْتَمٍ عَنْ مُحَمَّدٍ هِيَ عَلَى الْبَائِعِ، وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْمُخْتَصَرِ، وَفِي رِوَايَةِ ابْنِ سَمَاعَةَ عَنْهُ عَلَى الْمُشْتَرِي. وَجْهُ الْأَوَّلِ أَنَّ التَّقْدِرَ يَكُونُ بَعْدَ التَّسْلِيمِ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَكُونُ بَعْدَ الْوَزْنِ وَبِهِ يَحْصُلُ التَّسْلِيمُ وَالْبَائِعُ هُوَ الْمُحْتَاجُ إِلَى التَّقْدِرِ لِمُتَمِيزِ مَا تَعْلَقَ بِهِ حَقُّهُ مِنْ غَيْرِهِ أَوْ يَعْرِفُ الْمَيْبَ لِرُدِّهِ. وَوَجْهُ الثَّانِيَةِ أَنَّ الْمُشْتَرِي هُوَ الْمُحْتَاجُ إِلَى تَسْلِيمِ الْجَيِّدِ الْمُقَدَّرِ، وَالْجَوْدَةُ تُعْرَفُ بِالتَّقْدِرِ كَمَا يَعْرِفُ الْقَدْرُ بِالْوَزْنِ، وَبِهِ كَانَ يُفْتَى الصَّدْرُ الشَّهِيدُ وَأَجْرَةُ وَزْنِ الثَّمَنِ عَلَى الْمُشْتَرِي لِأَنَّهُ الْمُحْتَاجُ إِلَى تَسْلِيمِ الثَّمَنِ بِالْوَزْنِ يَتَحَقَّقُ التَّسْلِيمُ.

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ سِلْعَةً بِثَمَنِ قِيلَ لِلْمُشْتَرِي ادْفَعْ الثَّمَنَ أَوَّلًا)؛ لِأَنَّ حَقَّ الْمُشْتَرِي تَعَيَّنَ فِي الْمَبِيعِ فَيَقْدَمُ دَفْعُ الثَّمَنِ لِيَتَعَيَّنَ حَقُّ الْبَائِعِ بِالْقَبْضِ لِمَا أَنَّهُ لَا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ تَحْقِيقًا لِلْمُسَاوَةِ.

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ سِلْعَةً بِسِلْعَةٍ أَوْ ثَمَنًا بِثَمَنِ قِيلَ لَهُمَا سَلَمًا مَعًا) لَا سِتَوَاتِيهِمَا فِي التَّعْيِينِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى تَقْدِيمِ أَحَدِهِمَا فِي الدَّفْعِ.

الشرح:

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ سِلْعَةً) يَبِيعُ السِّلْعَةَ مُعْجَلًا إِمَّا أَنْ يَكُونَ بِثَمَنِ أَوْ بِسِلْعَةٍ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ يُقَالُ لِلْمُشْتَرِي ادْفَعْ الثَّمَنَ أَوَّلًا لِأَنَّ حَقَّ الْمُشْتَرِي تَعَيَّنَ فِي الْمَبِيعِ فَيَقْدَمُ دَفْعُ الثَّمَنِ لِيَتَعَيَّنَ حَقُّ الْبَائِعِ بِالْقَبْضِ لِكَوْنِهِ مِمَّا لَا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ تَحْقِيقًا لِلْمُسَاوَةِ فِي تَعْيِينِ حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَفِي الْمَالِيَةِ أَيْضًا لِأَنَّ الدَّيْنَ أُقْصُصُ مِنَ الْعَيْنِ، وَعَلَى هَذَا إِذَا كَانَ الْمَبِيعُ غَائِبًا عَنْ حَضْرَتَيْهِمَا فَلِلْمُشْتَرِي أَنْ يَمْتَنِعَ عَنْ تَسْلِيمِ الثَّمَنِ حَتَّى يُحْضَرَ الْمَبِيعُ لِيَتِمَّكَنَ مِنْ قَبْضِهِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي يُقَالُ لَهُمَا سَلَمًا لَا سِتَوَاتِيهِمَا فِي التَّعْيِينِ فَلَا يُحْتَاجُ إِلَى تَقْدِيمِ أَحَدِهِمَا بِالْأَوَّلِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

بَابُ خِيَارِ الشَّرْطِ

قَالَ: (خِيَارُ الشَّرْطِ جَائِزٌ فِي الْبَيْعِ لِلْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي وَلَهُمَا الْخِيَارُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَمَا دُونَهَا) وَالْأَصْلُ فِيهِ مَا رَوَى أَنَّ حِبَانَ بْنَ مُنْقِذٍ بْنَ عَمْرِو الْأَنْصَارِيِّ رضي الله عنه كَانَ يُغْبَنُ فِي

الْبَيَاعَاتِ، فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْ لَا خِلَافَ وَلِيَّ الْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ»^(١). (وَلَا يَجُوزُ أَكْثَرُ مِنْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ وَالشَّافِعِيِّ.

وَقَالَا (يَجُوزُ إِذَا سَمِيَ مَدَّةً مَعْلُومَةً لِحَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ رضي الله عنه): «أَنَّهُ أَجَازَ الْخِيَارَ إِلَى شَهْرَيْنِ»؛ وَلَأنَّ الْخِيَارَ إِنَّمَا شُرِعَ لِلْحَاجَةِ إِلَى التَّرْوِي لِيَنْدَفَعَ الْغَيْبُ، وَقَدْ تَمَسَّ الْحَاجَةُ إِلَى الْأَكْثَرِ فَصَارَ كَالْتَأْجِيلِ فِي الثَّمَنِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ شَرْطَ الْخِيَارِ يُخَالِفُ مُقْتَضَى الْعَقْدِ وَهُوَ الْإِثْمُ، وَإِنَّمَا جَوَازُهُ بِخِلَافِ الْقِيَاسِ لِمَا رَوَيْنَاهُ مِنَ النَّصِّ، فَيُقْتَصَرُ عَلَى الْمَدَّةِ الْمَذْكُورَةِ فِيهِ وَانْتَقَتِ الزِّيَادَةُ. (إِلَّا أَنَّهُ إِذَا أَجَازَ فِي الثَّلَاثِ) جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلَافًا لَزُفَرٍ، هُوَ يَقُولُ: إِنَّهُ انْعَقَدَ فَاسِدًا فَلَا يَنْقَلِبُ جَائِزًا. وَلَهُ أَنَّهُ أَسْقَطَ الْمَفْسِدَ قَبْلَ تَقَرُّرِهِ فَيَعُودُ جَائِزًا كَمَا إِذَا بَاعَ بِالرَّقْمِ وَأَعْلَمَهُ فِي الْمَجْلِسِ. وَلَأنَّ الْفَسَادَ بِاعْتِبَارِ الْيَوْمِ الرَّابِعِ، فَإِذَا أَجَازَ قَبْلَ ذَلِكَ لَمْ يَتَّصِلِ الْمَفْسِدُ بِالْعَقْدِ، وَلِهَذَا قِيلَ: إِنَّ الْعَقْدَ يَفْسُدُ بِمُضِيِّ جُزْءٍ مِنَ الْيَوْمِ الرَّابِعِ، وَقِيلَ يَنْعَقِدُ فَاسِدًا ثُمَّ يَرْتَفَعُ الْفَسَادُ بِحَذْفِ الشَّرْطِ، وَهَذَا عَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ.

الشرح:

(بَابُ خِيَارِ الشَّرْطِ): قَالَ (خِيَارُ الشَّرْطِ جَائِزُ الْبَيْعِ، ثَارَةٌ يَكُونُ لَازِمًا وَأُخْرَى غَيْرَ لَازِمٍ) وَاللَّازِمُ مَا لَا خِيَارَ فِيهِ بَعْدَ وُجُودِ شَرَايِطِهِ وَغَيْرِ اللَّازِمِ مَا فِيهِ الْخِيَارُ، وَلَمَّا كَانَ اللَّازِمُ أَقْوَى فِي كَوْنِهِ يَتَعَا قَدَمُهُ عَلَى غَيْرِهِ، ثُمَّ قَدَّمَ خِيَارَ الشَّرْطِ عَلَى سَائِرِ الْخِيَارَاتِ لِأَنَّهُ يَمْنَعُ ابْتِدَاءَ الْحُكْمِ، ثُمَّ خِيَارَ الرُّوْيَةِ لِأَنَّهُ يَمْنَعُ تَمَامَ الْحُكْمِ، ثُمَّ خِيَارَ الْغَيْبِ لِأَنَّهُ يَمْنَعُ لُزُومَ الْحُكْمِ، وَإِنَّمَا كَانَ عَمَلُهُ فِي مَنَعِ الْحُكْمِ دُونَ السَّبَبِ لِأَنَّ مِنْ حَقِّهِ أَنْ لَا يَدْخُلَ فِي الْبَيْعِ لِكَوْنِهِ فِي مَعْنَى الْقِمَارِ، وَلَكِنْ لَمَّا جَاءَتْ بِهِ السُّنَّةُ لَمْ يَكُنْ بُدٌّ مِنَ الْعَمَلِ بِهِ فَأَظْهَرْنَا عَمَلَهُ فِي مَنَعِ الْحُكْمِ تَقْلِيلًا لِعَمَلِهِ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ لِأَنَّ دُخُولَهُ فِي السَّبَبِ مُسْتَلْزِمٌ الدُّخُولِ فِي الْحُكْمِ دُونَ الْعَكْسِ، وَهُوَ عَلَى أَلْوَحٍ: فَاسِدٌ بِالِاتِّفَاقِ كَمَا إِذَا قَالَ اشْتَرَيْتُ عَلَى أُنِّي بِالْخِيَارِ أَوْ عَلَى أُنِّي بِالْخِيَارِ أَيَّامًا أَوْ عَلَى أُنِّي بِالْخِيَارِ أَبَدًا. وَجَائِزٌ بِالِاتِّفَاقِ وَهُوَ أَنْ يَقُولَ عَلَى أُنِّي بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَمَا دُونَهَا. وَمُخْتَلَفٌ فِيهِ وَهُوَ أَنْ

(١) أَخْرَجَهُ الْحَاكِمُ فِي الْمُسْتَدْرَكِ (٢/٢٢٢)، وَابْنُ بَيْهَقٍ فِي السَّنَنِ وَالْآثَارِ (رَق/ ٣٣٢٦)، وَالسَّنَنِ الْكَبِيرِ (١٠٤٥٨)، وَاحْمَدُ (٤٤/٢).

يَقُولُ عَلَى أَنِّي بِالْخِيَارِ شَهْرًا أَوْ شَهْرَيْنِ، فَإِنَّهُ فَاسِدٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَزُفَرٍ وَالشَّافِعِيِّ، جَائِزٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ سَوَاءٌ كَانَ لِأَحَدِ الْعَاقِدَيْنِ أَوْ لهُمَا جَمِيعًا أَوْ شَرَطَ أَحَدُهُمَا الْخِيَارَ لغيرِهِ. وَجَهٌ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ فِي الْخِلَافَةِ مَا رَوَى أَنَّ حَبَّانَ بْنَ مُنْقِذٍ كَانَ يُعِينُ فِي الْبَيَاعَاتِ لِمَأْمُومَةٍ أَصَابَتْ رَأْسَهُ فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْ لَا خِلَابَةَ وَلِي الْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ»^(١) وَالْخِلَابَةُ: الْخِدَاعُ.

وَوَجْهُ الاسْتِدْلَالِ أَنَّ شَرَطَ الْخِيَارِ شَرَطٌ يُخَالِفُ مُقْتَضَى الْعَقْدِ وَهُوَ الزُّرْمُ، وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ فَهُوَ مُفْسِدٌ إِلَّا أَنَّا جَوَّزْنَاهُ بِهَذَا النَّصِّ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ فَيَقْتَضِرُ عَلَى الْمُدَّةِ الْمَذْكُورَةِ فِيهِ. فَإِنْ قِيلَ: كَيْفَ جَازَ لِلْبَائِعِ وَالْمَذْكُورُ فِي النَّصِّ هُوَ الْمُشْتَرِي فَكَمَا عَدَيْتُمْ فِيمَنْ لَهُ الْخِيَارُ فَلْيَتَعَدَّ فِي مُدَّتِهِ. فَالْجَوَابُ أَنَّ فِي النَّصِّ إِشَارَةً إِلَى ذَلِكَ وَهُوَ لَفْظُ الْمُفَاعَلَةِ، وَلَأَنَّ الْبَائِعَ فِي مَعْنَى الْمُشْتَرِي فِي مَعْنَى الْمُنَاطِ فَيُلْحَقُ بِهِ دَلَالَةً، وَكَثِيرُ الْمُدَّةِ كَقَلِيلِهَا لِأَنَّ مَعْنَى الْفَرْقِ يَتِمَّكُنُ بَرِيَادَةِ الْمُدَّةِ فَيَزِدَادُ الْعَرَرُ وَهُوَ مُفْسِدٌ وَلَهُمَا حَدِيثُ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَجَازَ الْخِيَارَ إِلَى شَهْرَيْنِ» وَلَأَنَّ الْخِيَارَ إِنَّمَا شَرِعَ لِلْحَاجَةِ إِلَى التَّامُّلِ لِنُدْفَعِ الْعَيْنَ وَقَدْ تَمَسَّ الْحَاجَةُ إِلَى الْأَكْثَرِ فَكَانَ كَثِيرُ الْمُدَّةِ كَقَلِيلِهَا فَيُلْحَقُ بِهِ وَصَارَ كَالْتَّأْجِيلِ فِي الثَّمَنِ، فَإِنَّهُ جَائِزٌ قَلْتُ الْمُدَّةُ أَوْ كَثُرَتْ لِلْحَاجَةِ. وَالْجَوَابُ أَنَّ حَدِيثَ حَبَّانَ مَشْهُورٌ فَلَا يُعَارِضُهُ حِكَايَةُ حَالِ ابْنِ عُمَرَ، سَلَمْنَا أَكْثَرَهُمَا سَوَاءٌ لَكِنَّ الْمَذْكُورَ فِي حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ مُطْلَقُ الْخِيَارِ فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ بِهِ خِيَارَ الرُّوْيَةِ وَالْعَيْبِ، وَأَنَّهُ أَجَازَ الرَّدَّ بِهِمَا بَعْدَ الشَّهْرَيْنِ، وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّ كَثِيرَ الْمُدَّةِ كَالْقَلِيلِ فِي الْحَاجَةِ، فَإِنَّ صَاحِبَ الْخِلَابَةِ كَانَ مُصَابًا فِي الرَّأْسِ فَكَانَ أُخَوِّجَ إِلَى الزِّيَادَةِ، فَلَوْ زَادَتْ كَانَ أَوْلَى بِهَا، فَذَلَّ عَلَى أَنَّ الْمُقَدَّرَ لِنَفْيِ الزِّيَادَةِ سَلَمْنَاهُ، لَكِنَّ فِي الْكَثِيرِ مَعْنَى الْعَرَرِ أَرْيَدُ وَقَدْ تَقَدَّمَ. وَالْقِيَاسُ عَلَى التَّأْجِيلِ فِي الثَّمَنِ غَيْرُ صَحِيحٍ لِأَنَّ الْأَجَلَ يُشْتَرَطُ لِلْقُدْرَةِ عَلَى الْأَدَاءِ. وَهِيَ إِنَّمَا تَكُونُ بِالْكَسْبِ وَهُوَ لَا يَحْصُلُ فِي كُلِّ مُدَّةٍ فَقَدْ يُحْتَاجُ إِلَى مُدَّةٍ طَوِيلَةٍ.

(قَوْلُهُ إِلَّا أَنَّهُ إِذَا أَجَازَ) يَعُودُ أَنْ يَكُونَ اسْتِثْنَاءً مِنْ قَوْلِهِ وَلَا يَجُوزُ أَكْثَرُ مِنْهَا،

وَمَعْنَاهُ: لَا يَجُوزُ أَكْثَرُ مِنْهَا، لَكِنْ لَوْ ذُكِرَ أَكْثَرُ مِنْهَا وَأَجَازَ مَنْ لَهُ الْخِيَارُ فِي الثَّلَاثِ جَازَ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مِنْ قَوْلِهِ فَيَقْتَصِرُ عَلَى الْمُدَّةِ الْمَذْكُورَةِ بِالتَّوَجُّهِ الْمَذْكُورِ، وَالْأَوَّلُ أَوْلَى لِقَوْلِهِ خِلَافًا لَزُفْرٍ فَتَأَمَّلْ، وَزُفْرٌ يَقُولُ: إِنَّ هَذَا عَقْدٌ قَدْ انْعَقَدَ فَاسِدًا وَالْفَاسِدُ لَا يَنْقَلِبُ جَائِزًا لِأَنَّ الْبَقَاءَ عَلَى وَفْقِ الثَّبُوتِ، فَكَانَ كَمَنْ بَاعَ الدَّرْهَمَ بِالْذَّرْهَمَيْنِ أَوْ اشْتَرَى عَبْدًا بِأَلْفٍ وَرِطَلَ خَمْرٍ ثُمَّ أَسْقَطَ الدَّرْهَمَ الرَّائِدَ وَأَبْطَلَ الْخَمْرَ؛ وَكَمَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً وَتَحْتَهُ أَرْبَعَ نِسْوَةٍ ثُمَّ طَلَّقَ الرَّابِعَةَ لَا يُحْكَمُ بِصِحَّةِ نِكَاحِ الْخَامِسَةِ، وَلَا بِبَيِّ حَنِيفَةٍ أَنَّهُ أَسْقَطَ الْمُسَدَّ قَبْلَ تَقَرُّرِهِ.

وَاعْلَمْ أَنَّ الْمَشَايخَ رَحِمَهُمُ اللَّهُ اخْتَلَفُوا فِي حُكْمِ هَذَا الْعَقْدِ فِي الْإِبْتِدَاءِ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، فَذَهَبَ الْعِرَاقِيُّونَ إِلَى أَنَّهُ يَنْعَقِدُ فَاسِدًا ثُمَّ يَنْقَلِبُ صَحِيحًا بِحَذْفِ خِيَارِ الشَّرْطِ قَبْلَ الْيَوْمِ الرَّابِعِ، وَذَهَبَ أَهْلُ خُرَاسَانَ وَإِلَيْهِ مَالُ شَمْسِ الْأَثَمَةِ السَّرْحَسِيِّ إِلَى أَنَّهُ مَوْقُوفٌ، فَإِذَا مَضَى جُزْءٌ مِنَ الْيَوْمِ الرَّابِعِ فَسَدَ، فَقَوْلُهُ إِنَّهُ أَسْقَطَ الْمُسَدَّ قَبْلَ تَقَرُّرِهِ أَيُّ قَبْلَ مُضِيِّ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ تَعْلِيلٌ عَلَى الرَّوَايَةِ الْأُولَى. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الْعَقْدَ فَاسِدًا فِي الْحَالِ بِحُكْمِ الظَّاهِرِ لِأَنَّ الظَّاهِرَ دَوَامُهَا عَلَى الشَّرْطِ، فَإِذَا أَسْقَطَ الْخِيَارَ قَبْلَ دُخُولِ الْيَوْمِ الرَّابِعِ زَالَ الْمَوْجِبُ لِلْفَسَادِ فَيَعُودُ جَائِزًا، وَهَذَا لِأَنَّ هَذَا الْعَقْدَ لَمْ يَكُنْ فَاسِدًا لَعَيْنِهِ بَلْ لَمَّا فِيهِ مِنْ تَغْيِيرٍ مُقْتَضَى الْعَقْدِ فِي الْيَوْمِ الرَّابِعِ، فَإِذَا زَالَ الْمُغَيِّرُ عَادَ جَائِزًا فَصَارَ كَمَا إِذَا بَاعَ بِالرَّقْمِ وَهُوَ أَنْ يُعْلَمَ الْبَائِعُ عَلَى الثُّوبِ بَعْلَامَةً كَالْكِتَابَةِ يَعْلَمُ بِهَا الدَّلَالُ أَوْ غَيْرُهُ تَمَنَّى الثُّوبَ وَلَا يَعْلَمُ الْمُشْتَرِي ذَلِكَ، فَإِذَا قَالَ بَعْتُكَ هَذَا الثُّوبَ بِرَقْمِهِ وَقَبْلَ الْمُشْتَرِي مِنْ غَيْرِ أَنْ يَعْلَمَ الْمِقْدَارَ انْعَقَدَ الْبَيْعُ فَاسِدًا، فَإِنْ عَلِمَ الْمُشْتَرِي قَدْرَ الرَّقْمِ فِي الْمَجْلِسِ وَقَبْلَهُ انْقَلَبَ جَائِزًا بِالِاتِّفَاقِ

(قَوْلُهُ وَلَئِنْ الْفَسَادَ بِاعْتِبَارِ الْيَوْمِ الرَّابِعِ) تَعْلِيلٌ عَلَى الرَّوَايَةِ الثَّانِيَةِ، وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ اشْتِرَاطَ الْخِيَارِ غَيْرُ مُفْسِدٍ لِلْعَقْدِ، وَإِنَّمَا الْمُسَدُّ اتِّصَالَ الْيَوْمِ الرَّابِعِ بِالْأَيَّامِ الثَّلَاثَةِ، فَإِذَا جَازَ قَبْلَ ذَلِكَ لَمْ يَتَّصِلِ الْمُسَدُّ بِالْعَقْدِ فَكَانَ صَحِيحًا. وَالْجَوَابُ عَمَّا قَاسَ عَلَيْهِ زُفْرٌ مِنَ الْمَسَائِلِ أَنَّ الْفَسَادَ فِيهَا فِي صُلْبِ الْعَقْدِ وَهُوَ الْبَدَلُ فَلَمْ يُمَكِّنْ دَفْعُهُ وَفِي مَسْأَلَتِنَا فِي شَرْطِهِ فَأَمُكِّنَ.

(وَلَوْ اشْتَرَى عَلَى أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَنْقُدِ الثَّمَنَ إِلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَلَا بَيْعَ بَيْنَهُمَا جَازَ. وَإِلَى

أَرْبَعَةَ أَيَّامٍ لَا يَجُوزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَجُوزُ إِلَى أَرْبَعَةِ أَيَّامٍ أَوْ أَكْثَرَ، فَإِنْ نَقَدَ فِي الثَّلَاثِ جَازَ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا) وَالْأَصْلُ فِيهِ أَنَّ هَذَا فِي مَعْنَى اشْتِرَاطِ الْخِيَارِ إِذَا الْحَاجَةُ مَسَّتْ إِلَى الْإِنْفِسَاحِ عِنْدَ عَدَمِ النَّقْدِ تَحَرُّرًا عَنِ الْمَاطِلَةِ فِي الْفَسْخِ فَيَكُونُ مُلْحَقًا بِهِ. وَقَدْ مَرَّ أَبُو حَنِيفَةَ عَلَى أَصْلِهِ فِي الْمُلْحَقِ بِهِ، وَنَفَى الزِّيَادَةَ عَلَى الثَّلَاثِ وَكَذَا مُحَمَّدٌ فِي تَجْوِيزِ الزِّيَادَةِ. وَأَبُو يُوسُفَ أَخَذَ فِي الْأَصْلِ بِالْأَكْثَرِ. وَفِي هَذَا بِالْقِيَاسِ، وَفِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ قِيَاسٌ آخَرٌ وَإِلَيْهِ مَالُ زُهْرٍ وَهُوَ أَنَّهُ بَيْعٌ شَرْطُ فِيهِ إِقَالَةٌ فَاسِدَةٌ لَتَعْلُقَهَا بِالشَّرْطِ، وَاشْتِرَاطُ الصَّحِيحِ مِنْهَا فِيهِ مُفْسِدٌ لِلْعَقْدِ، فَاشْتِرَاطُ الْفَاسِدِ أَوْلَى وَوَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ مَا بَيَّنَّا.

الشرح:

قَالَ (وَلَوْ اشْتَرَى عَلَى أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَنْقُذِ الثَّمَنَ) إِذَا اشْتَرَى عَلَى أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَنْقُذِ الثَّمَنَ فَلَا يَبِيعُ بَيْنَهُمَا فَهُوَ عَلَى وَجْهِهِ، فَأَمَّا إِنْ قَالَ عَلَى أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَنْقُذِ الثَّمَنَ فَلَا يَبِيعُ، أَوْ قَالَ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَنْقُذِ الثَّمَنَ أَيَّامًا فَلَا يَبِيعُ وَهُمَا فَاسِدَانِ، أَوْ قَالَ عَلَى أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَنْقُذِ الثَّمَنَ إِلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَلَا يَبِيعُ بَيْنَهُمَا وَهُوَ جَائِزٌ عِنْدَ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ. وَالْقِيَاسُ وَهُوَ قَوْلُ زُهْرٍ أَنَّ لَا يَجُوزُ لَمَّا أَنَّهُ يَبِيعُ شَرْطُ فِيهِ إِقَالَةٌ فَاسِدَةٌ لَتَعْلُقَهَا بِالشَّرْطِ وَهُوَ عَدَمُ النَّقْدِ، وَاشْتِرَاطُ الْإِقَالَةِ فِي الْبَيْعِ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ بَعْتُكَ هَذَا بِشَرْطِ أَنْ تُقِيلَ الْبَيْعَ مُفْسِدٌ لِكَوْنِهِ عَلَى خِلَافِ الْعَقْدِ، فَاشْتِرَاطُ فَاسِدِهَا أَوْلَى أَنْ يَفْسُدَ، وَاسْتِحْسَانُ الْعُلَمَاءِ جَوَازَهُ.

وَوَجْهُهُ أَنَّ هَذَا فِي مَعْنَى شَرْطِ الْخِيَارِ مِنْ حَيْثُ الْحَاجَةُ، إِذَا الْحَاجَةُ مَسَّتْ إِلَى الْإِنْفِسَاحِ عِنْدَ عَدَمِ النَّقْدِ تَحَرُّرًا عَنِ الْمَاطِلَةِ فِي الْفَسْخِ، وَإِذَا كَانَ فِي مَعْنَاهُ كَانَ مُلْحَقًا بِهِ. وَرُدُّ بَأَنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّهُ فِي مَعْنَاهُ لِأَنَّ هُنَاكَ لَوْ سَكَتَ حَتَّى مَضَتْ الْمُدَّةُ ثُمَّ الْعَقْدُ وَهَاهُنَا لَوْ سَكَتَ حَتَّى مَضَتْ الْمُدَّةُ بَطَلَ الْعَقْدُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ النَّظَرَ فِي الْإِلْحَاقِ إِنَّمَا هُوَ إِلَى الْمَعْنَى الْمُنَاطِ لِلْحُكْمِ وَهِيَ الْحَاجَةُ وَهِيَ مَوْجُودَةٌ فِيهَا، وَأَمَّا الزَّائِدُ عَلَى ذَلِكَ فَلَا مُعْتَبَرٌ بِهِ وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي التَّقْرِيرِ.

فَإِنْ قِيلَ: الْحَاجَةُ تُنْدَفَعُ بِاشْتِرَاطِ الْخِيَارِ لِنَفْسِهِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَإِنَّهُ إِنْ لَمْ يَنْقُذِ الثَّمَنَ انْفَسَخَ الْعَقْدُ حَتَّى يَجُوزَ الْبَيْعُ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا مِنْ غَيْرِ خِلَافٍ فِيهِ. أُجِيبَ بِأَنَّ مَنْ لَهُ الْخِيَارُ لَا يَقْدِرُ عَلَى الْفَسْخِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ إِلَّا بِحَضْرَةِ الْآخَرِ. وَعَسَى

يَتَعَذَّرُ ذَلِكَ فَكَانَتْ الْحَاجَةُ بَاقِيَةً. وَأَمَّا إِذَا زَادَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَقَدْ اخْتَلَفُوا فِيهِ: لَمْ يَجُوزْهُ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَبُو يُوسُفَ. وَجُوزَهُ مُحَمَّدٌ. أَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ فَقَدْ مَرَّ عَلَى أَصْلِهِ فِي الْمُلْحَقِ بِهِ وَنَفَى الزِّيَادَةَ عَلَى الثَّلَاثِ، وَكَذَلِكَ مُحَمَّدٌ مَرَّ عَلَى أَصْلِهِ فِي تَجْوِيزِ الزِّيَادَةِ فِي الْمُلْحَقِ بِهِ، وَأَبُو يُوسُفَ احْتِجَّ إِلَى الْفَرْقِ بَيْنَ الْمُلْحَقِ وَالْمُلْحَقِ بِهِ فِي جَوَازِ الزِّيَادَةِ فِي الثَّانِي دُونَ الْأَوَّلِ.

وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا قَالَ الْمُصَنِّفُ وَأَبُو يُوسُفَ أَخَذَ فِي الْأَصْلِ بِالْأَثَرِ، وَفِي هَذَا بِالْقِيَاسِ. وَتَفْسِيرُهُ عَلَى وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ الْمُرَادَ بِالْأَصْلِ شَرْطُ الْخِيَارِ، وَقَوْلُهُ فِي هَذَا قَوْلُهُ وَإِنْ لَمْ يَنْقُذِ الثَّمَنَ إِلَى أَرْبَعَةِ أَيَّامٍ، وَالْمُرَادُ بِالْأَثَرِ مَا رُوِيَ عَنْ ابْنِ عُمَرَ "أَنَّهُ أَجَازَ الْخِيَارَ إِلَى شَهْرَيْنِ" وَمَعْنَاهُ: تَرَكْنَا الْقِيَاسَ فِي الْمُلْحَقِ بِهِ وَهُوَ شَرْطُ الْخِيَارِ بِأَثَرِ ابْنِ عُمَرَ، وَعَمَلْنَا بِالْقِيَاسِ فِي الْمُلْحَقِ وَهُوَ التَّغْلِيْقُ بِنَقْذِ الثَّمَنِ لَعَدَمِ النَّصِّ فِيهِ. وَالثَّانِي أَنَّ يَكُونَ مَعْنَاهُ أَخَذَ أَبُو يُوسُفَ فِي الْأَصْلِ: أَيُّ فِي ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ بِأَثَرِ ابْنِ عُمَرَ، وَهُوَ مَا رُوِيَ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ بَاعَ نَاقَةً لَهُ مِنْ رَجُلٍ بِشَرْطِ أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَنْقُذِ الثَّمَنَ إِلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَلَا يَبِيعَ بَيْنَهُمَا " (وَفِي هَذَا) أَيُّ فِي الزَّائِدِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ (بِالْقِيَاسِ) وَهُوَ يَقْتَضِي عَدَمَ الْجَوَازِ كَمَا مَرَّ (قَوْلُهُ وَفِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ قِيَاسٌ آخَرُ) تَقَدَّمَ مَعْنَاهُ.

قَالَ (وَخِيَارُ الْبَائِعِ يَمْنَعُ خُرُوجَ الْمَبِيعِ عَنْ مِلْكِهِ)؛ لِأَنَّ تَمَامَ هَذَا السَّبَبِ بِالْمُرَاضَاةِ وَلَا يَتِمُّ مَعَ الْخِيَارِ وَلِهَذَا يَنْفُذُ عِتْقُهُ. وَلَا يَمْلِكُ الْمُشْتَرِي التَّصَرُّفَ فِيهِ وَإِنْ قَبَضَهُ بِإِذْنِ الْبَائِعِ (وَلَوْ قَبَضَهُ الْمُشْتَرِي وَهَلَكَ فِي يَدِهِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ ضَمِنَهُ بِالْقِيمَةِ)؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ يَنْفَسَخُ بِالْهَلَاكِ؛ لِأَنَّهُ كَانَ مَوْفُوقًا، وَلَا نَفَازَ بِدُونِ الْمَحَلِّ فَبَقِيَ مَقْبُوضًا فِي يَدِهِ عَلَى سَوَاءِ الشُّرَاءِ وَفِيهِ الْقِيمَةُ، وَلَوْ هَلَكَ فِي يَدِ الْبَائِعِ انْفَسَخَ الْبَيْعُ وَلَا شَيْءَ عَلَى الْمُشْتَرِي اعْتِبَارًا بِالْبَيْعِ الصَّحِيحِ الْمَطْلُوقِ.

الشرح:

قَالَ (وَخِيَارُ الْبَائِعِ يَمْنَعُ خُرُوجَ الْمَبِيعِ عَنْ مِلْكِهِ) قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ خِيَارَ الشَّرْطِ قَدْ يَكُونُ لِأَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ وَقَدْ يَكُونُ لهُمَا جَمِيعًا، فَإِذَا كَانَ لِلْبَائِعِ فَالْمَبِيعُ لَا يَخْرُجُ عَنْ مِلْكِهِ بِالْإِتِّفَاقِ وَالثَّمَنُ يَخْرُجُ عَنْ مِلْكِ الْمُشْتَرِي بِالْإِتِّفَاقِ، وَإِذَا كَانَ لِلْمُشْتَرِي فَالْمَبِيعُ يَخْرُجُ عَنْ مِلْكِ الْبَائِعِ وَالثَّمَنُ لَا يَخْرُجُ عَنْ مِلْكِهِ، فَإِذَا كَانَ لهُمَا لَا يَخْرُجُ شَيْءٌ مِنْ

الْمَبِيعِ وَالْتَّمَنُ عَنْ مِلْكِ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي بِالِاتِّفَاقِ، فَإِذَا خَرَجَ الْمَبِيعُ عَنْ مِلْكِ الْبَائِعِ وَالتَّمَنُ عَنْ مِلْكِ الْمُشْتَرِي هَلْ يَدْخُلُ فِي مِلْكِ الْمُشْتَرِي وَالْبَائِعِ؟ فِيهِ خِلَافٌ. قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَا يَدْخُلُ، وَقَالَا: يَدْخُلُ. أَمَّا دَلِيلُ عَدَمِ خُرُوجِ الْمَبِيعِ عَنْ مِلْكِ الْبَائِعِ فِي الصُّورَةِ الْأُولَى فَلَمَّا ذَكَرَهُ مِنْ قَوْلِهِ (لَأَنَّ تَمَامَ هَذَا السَّبَبِ) أَيُّ الْعِلَّةِ (بِالْمَرَاضَةِ) لَكُونَ الرِّضَا دَاخِلًا فِي حَقِيقَتِهِ الشَّرْعِيَّةِ. وَلَا تَتِمُّ الْمَرَاضَةُ بِالْخِيَارِ لِأَنَّ الْبَيْعَ بِهِ يَصِيرُ عِلَّةً اسْمًا وَمَعْنَى لَا حُكْمًا فَمَتَّعَ ابْتِدَاءَ الْحُكْمِ وَهُوَ الْمِلْكُ فَيَبْقَى عَلَى مِلْكِ صَاحِبِهِ.

(وَلِهَذَا يَنْفُذُ عَقْدُهُ) وَلَا يَمْلِكُ الْمُشْتَرِي التَّصَرُّفَ فِيهِ وَإِنْ قَبَضَهُ بِإِذْنِ الْبَائِعِ، فَإِنْ قَبَضَهُ الْمُشْتَرِي فَهَلَكَ فِي يَدِهِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ ضَمَنَهُ بِالْقِيَمَةِ إِنْ لَمْ يَكُنْ مِثْلًا، خِلَافًا لِابْنِ أَبِي لَيْلَى هُوَ يَقُولُ: قَبْضَ مِلْكِ الْبَائِعِ بِإِذْنِهِ فَكَانَ أَمَانَةً فِي يَدِهِ، وَنَحْنُ نَقُولُ: الْبَيْعُ يَنْفَسِخُ بِالْهَلَاكِ وَالْمُنْفَسِخُ بِهِ مَضْمُونٌ بِالْقِيَمَةِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ بِالْهَلَاكِ صَارَ إِلَى حَالَةٍ لَا يَجُوزُ ابْتِدَاءُ الْعَقْدِ عَلَيْهِ فِيهَا فَلَا تُلْحَقُهَا الْإِجَازَةُ وَهُوَ مَعْنَى قَوْلِهِ (لَأَنَّهُ كَانَ مَوْقُوفًا) وَلَا نَفَادَ بِدُونِ الْمَحَلِّ وَقَدْ فَاتَ بِالْهَلَاكِ، وَأَمَّا أَنَّ الْمُنْفَسِخَ بِهِ مَضْمُونٌ بِالْقِيَمَةِ فَلَأَنَّهُ مَقْبُوضٌ بِجَهَةِ الْعَقْدِ، وَذَلِكَ مَضْمُونٌ بِالْقِيَمَةِ كَالْمَقْبُوضِ عَلَى سَوِّ الشَّرَاءِ، وَتَحْقِيقُهُ أَنَّ الضَّمَانَ الْأَصْلِيَّ الثَّابِتَ بِالْعَقْدِ فِي الْقِيَمَاتِ هُوَ الْقِيَمَةُ، وَإِنَّمَا يَتَحَوَّلُ مِنْهَا إِلَى التَّمَنِّ عِنْدَ تَمَامِ الرِّضَا، وَلَمْ يُوجَدْ حِينَ شَرَطَ الْبَائِعُ الْخِيَارَ لِنَفْسِهِ فَبَقِيَ الضَّمَانُ الْأَصْلِيُّ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ، وَأَمَّا إِذَا هَلَكَ بَعْدَهَا فَيَلْزِمُهُ التَّمَنُّ لَا الْقِيَمَةُ لِبُطْلَانِ الْخِيَارِ إِذَا ذَاكَ بِتَمَامِ الرِّضَا، وَلَوْ هَلَكَ الْمَبِيعُ فِي يَدِ الْبَائِعِ انْفَسَخَ الْبَيْعُ وَلَا شَيْءَ عَلَى الْمُشْتَرِي كَمَا لَوْ كَانَ الْبَيْعُ صَحِيحًا مُطْلَقًا عَنِ الْخِيَارِ. قِيلَ: وَإِنَّمَا ذَكَرَ الصَّحِيحُ مَعَ أَنَّ الْحُكْمَ فِي الْفَاسِدِ كَذَلِكَ حَمَلًا لِحَالِ الْمُسْلِمِينَ عَلَى الصَّلَاحِ.

قَالَ (وَالْخِيَارُ الْمُشْتَرِي لَا يَمْنَعُ خُرُوجَ الْمَبِيعِ عَنْ مِلْكِ الْبَائِعِ): لِأَنَّ الْبَيْعَ فِي جَانِبِ الْآخِرِ لَازِمٌ، وَهَذَا: لِأَنَّ الْخِيَارَ إِنَّمَا يَمْنَعُ خُرُوجَ الْبَدَلِ. عَنْ مِلْكٍ مَنْ لَهُ الْخِيَارُ: لِأَنَّهُ شَرَعَ نَظَرًا لَهُ دُونَ الْآخِرِ. قَالَ: إِلَّا أَنَّ الْمُشْتَرِي لَا يَمْلِكُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يَمْلِكُهُ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا خَرَجَ عَنْ مِلْكِ الْبَائِعِ فَلَوْ لَمْ يَدْخُلْ فِي مِلْكِ الْمُشْتَرِي يَكُونُ زَائِلًا لَا إِلَى مَالِكٍ وَلَا عَهْدَ لَنَا بِهِ فِي الشَّرْعِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَمَّا لَمْ يَخْرُجِ التَّمَنُّ عَنْ مِلْكِهِ فَلَوْ قُلْنَا بِأَنَّهُ يَدْخُلُ الْمَبِيعُ فِي مِلْكِهِ لاجْتِمَاعِ الْبَدَلَانِ فِي مِلْكِ رَجُلٍ وَاحِدٍ حُكْمًا لِلْمُعَاوَضَةِ، وَلَا أَصْلَ لَهُ فِي الشَّرْعِ؛ لِأَنَّ

المعاوضة تقتضي المساواة؛ ولأن الخيار شرع نظراً للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة، ولو ثبت الملك ربماً يعتق عليه من غير اختياره بأن كان قريبه فيقوت النظر. قال (فإن هلك في يده هلك بالثمن، وكذا إذا دخله عيب) بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع. ووجه الفرق أنه إذا دخله عيب يمتنع الرد، والهالك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك، والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن، بخلاف ما تقدم؛ لأن بدخول العيب لا يمتنع الرد حكماً بخيار البائع فيهلك والعقد موقوف.

الشرح:

وأما دليل خروجه عن ملكه إذا كان الخيار للمشتري فهو أن البيع لازم من جانبه. وتحقيقه أن الخيار إنما يمتنع خروج البذل عن ملك من له الخيار لأنه شرع نظراً له دون الآخر، وأما أن البذل إذا خرج عن ملك من ليس له الخيار لا يدخل في ملك من له ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله فلائله لما لم يخرج ماله عن ملكه لو دخل لزِم اجتماع البدلين في ملك رجل واحد حكماً للمعاوضة، ولا أصل له في الشرع لأن المعاوضة تقتضي المساواة وتوقض بالمُدبر، فإن غاصبه إذا ضمن لصاحبه ملك البذل ولم يخرج المُدبر عن ملكه فكان البدلان مجتمعين في ملك واحد. وأجيب بأن قوله (حكماً للمعاوضة) يذفع النقض، فإن ضمان المُدبر ضمان جناية وليس كلامنا فيه، ويدخل عندهما لأنه لما خرج عن ملكه فلو لم يدخل في ملك الآخر يكون زائلاً لا إلى مالك، يعني سائبة ولا عهد لنا به في الشرع. وتوقض بما إذا اشترى متولي الكعبة عبداً لسدانة الكعبة يخرج العبد عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري.

وأجيب بأن كلامنا في التجارة وما ذكرتم ليس منها بل هو ملحق بتوابع الأوقاف، وحكم الأوقاف قد تقدم، ورجح قول أبي حنيفة بأن شرعية الخيار نظراً للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة، فلو دخل في ملكه ربماً يكون عليه لا له بأن كان المبيع قريبه فيعتق عليه من غير اختياره فعاد على موضوعه بالنقض.

(قوله فإن هلك في يده) أي إن هلك المبيع في يد المشتري فيما إذا كان الخيار له هلك بالثمن، وكذا إذا دخله عيب، بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع كما تقدم آنفاً. ومراؤه عيب لا يرتفع كأن قطعت يده. وأما ما جاز ارتقاعه كالمريض فهو على

خِيَارِهِ إِذَا زَالَ فِي الْأَيَّامِ الثَّلَاثَةِ لَهُ أَنْ يَفْسَخَ بَعْدَ الِارْتِفَاعِ. وَأَمَّا إِذَا مَضَتْ وَالْعَيْبُ قَائِمٌ لَزِمَ الْعَقْدُ لَتَعَذُّرِ الرَّدِّ، وَتَبَيَّنَ بِمَا ذُكِّرَ أَنَّ هَلَاكَ الْمَبِيعِ وَتَعْيِيهِ يُوجِبُ الْقِيَمَةَ عَلَى الْمُشْتَرِي إِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ، وَيُوجِبُ الثَّمَنَ إِذَا كَانَ لِلْمُشْتَرِي فَاحْتِاجَ إِلَى التَّصْرِيحِ بَيَّانِ الْفَرْقِ. وَوَجْهُهُ أَنَّ الْمَبِيعَ إِذَا تَعَيَّبَ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي وَالْخِيَارُ لَهُ تَعَذُّرُ الرَّدِّ كَمَا قُبِضَ، وَكَذَلِكَ إِذَا هَلَكَ وَالْهَلَاكُ لَا يَغْرَى عَنْ مُقَدِّمَةِ عَيْبٍ فِيهِلْكُ وَالْعَقْدُ قَدْ لَزِمَ وَتَمَّ فَيَلْزَمُ الثَّمَنُ الْمُسَمَّى. وَأَمَّا إِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ فَلَمْ يَمْتَنِعِ الرَّدُّ عَلَى الْمُشْتَرِي بِدُخُولِ الْعَيْبِ لِأَنَّ الْخِيَارَ لِلْبَائِعِ لَا لَهُ فِيهِلْكُ وَالْمَبِيعُ مَوْقُوفٌ فَيَلْزَمُ الْقِيَمَةُ.

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى امْرَأَتَهُ عَلَى أَنَّهُ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ لَمْ يَفْسُدِ النِّكَاحُ)؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهَا لَمَّا لَهُ مِنَ الْخِيَارِ (وَأِنْ وَطَّئَهَا لَهُ أَنْ يَرُدَّهَا)؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ بِحُكْمِ النِّكَاحِ ((لَا إِذَا كَانَتْ بِكَرًّا)؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ يُنْقِصُهَا، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ (وَقَالَا: يَفْسُدُ النِّكَاحُ)؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهَا (وَأِنْ وَطَّئَهَا لَمْ يَرُدَّهَا)؛ لِأَنَّ وَطْأَهَا بِمِلْكِ الْيَمِينِ فَيَمْتَنِعُ الرَّدُّ وَإِنْ كَانَتْ ثَيِّبًا، وَلِهَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَخَوَاتُ كُلِّهَا تَبَيَّنَتِي عَلَى وَقُوعِ الْمَلِكِ لِلْمُشْتَرِي بِشَرْطِ الْخِيَارِ وَعَدَمِهِ: مِنْهَا عِتْقُ الْمُشْتَرَى عَلَى الْمُشْتَرِي إِذَا كَانَ قَرِيبًا لَهُ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ، وَمِنْهَا: عِتْقُهُ إِذَا كَانَ الْمُشْتَرِي حَلَفَ إِنْ مَلَكَتْ عَبْدًا فَهُوَ حُرٌّ. بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: إِنْ اشْتَرَيْتَ فَهُوَ حُرٌّ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ كَالْمَنْشُوعِ لِلْعِتْقِ بَعْدَ الشَّرَاءِ فَيَسْقُطُ الْخِيَارُ، وَمِنْهَا أَنْ حَيِضَ الْمُشْتَرَاءُ فِي الْمُدَّةِ لَا يُجْتَزَأُ بِهِ عَنِ الْاسْتِبْرَاءِ عِنْدَهُ، وَعِنْدَهُمَا يُجْتَزَأُ؛ وَلَوْ رُدَّتْ بِحُكْمِ الْخِيَارِ إِلَى الْبَائِعِ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْاسْتِبْرَاءُ عِنْدَهُ، وَعِنْدَهُمَا يَجِبُ إِذَا رُدَّتْ بَعْدَ الْقَبْضِ. وَمِنْهَا إِذَا وَلَدَتِ الْمُشْتَرَاءُ فِي الْمُدَّةِ بِالنِّكَاحِ لَا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ عِنْدَهُ خِلَافًا لَهَا. وَمِنْهَا إِذَا قَبِضَ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ بِإِذْنِ الْبَائِعِ ثُمَّ أَوْدَعَهُ عِنْدَ الْبَائِعِ فَهَلَكَ فِي يَدِهِ فِي الْمُدَّةِ هَلَكَ مِنْ مَالِ الْبَائِعِ لَا رِثْفَاعُ الْقَبْضِ بِالرَّدِّ لَعَدَمِ الْمِلْكِ عِنْدَهُ، وَعِنْدَهُمَا مِنْ مَالِ الْمُشْتَرِي لِصِحَّةِ الْإِيدَاعِ بِاعْتِبَارِ قِيَامِ الْمِلْكِ. وَمِنْهَا لَوْ كَانَ الْمُشْتَرِي عَبْدًا مَادُّونًا لَهُ فَابْرَأَهُ الْبَائِعُ مِنَ الثَّمَنِ فِي الْمُدَّةِ بَقِيَ عَلَى خِيَارِهِ عِنْدَهُ؛ لِأَنَّ الرَّدَّ امْتِنَاعٌ عَنِ التَّمْلُكِ وَالْمَادُّونَ لَهُ يَلِيهِ، وَعِنْدَهُمَا بَطْلُ خِيَارِهِ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا مَلَكَهُ كَانَ الرَّدُّ مِنْهُ تَمْلِكًا بِغَيْرِ عَوْضٍ وَهُوَ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهِ. وَمِنْهَا إِذَا اشْتَرَى ذِمِّيٌّ مِنْ ذِمِّيٍّ خَمْرًا عَلَى أَنَّهُ بِالْخِيَارِ ثُمَّ أَسْلَمَ بَطْلُ الْخِيَارِ عِنْدَهُمَا؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهَا فَلَا يَمْلِكُ رَدَّهَا وَهُوَ مُسْلِمٌ. وَعِنْدَهُ يَبْطُلُ الْبَيْعُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهَا فَلَا يَتَمْلِكُهَا بِإِسْقَاطِ الْخِيَارِ بَعْدَهُ وَهُوَ مُسْلِمٌ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى امْرَأَتَهُ) هَذِهِ مَسَائِلُ تَرْتَّبُ عَلَى الْأَصْلِ الْمُتَقَدِّمِ ذِكْرُهُ، وَهُوَ أَنَّ الْخِيَارَ إِذَا كَانَ لِلْمُشْتَرِي يَخْرُجُ الْمَبِيعُ عَنْ مِلْكِ الْبَائِعِ وَلَا يَدْخُلُ فِي مِلْكِ الْمُشْتَرِي عِنْدَهُ، وَعِنْدَهُمَا يَدْخُلُ، فَعَلَى هَذَا إِذَا اشْتَرَى امْرَأَتَهُ (عَلَى أَنَّهُ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ يُفْسَخُ النِّكَاحُ) لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهَا، وَإِنْ وَطَّئَهَا لَهُ أَنْ يَرُدَّهَا لِأَنَّ الْوَطْءَ لَمْ يَكُنْ بِمِلْكِ الْيَمِينِ حَتَّى يَسْقُطَ الْخِيَارُ، إِلَّا إِذَا كَانَتْ بَكْرًا فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهَا لِأَنَّ الْوَطْءَ يَنْقُصُهَا، وَهَذَا يُشِيرُ إِلَى أَنَّ قَوْلَهُ (وَإِنْ وَطَّئَهَا لَهُ أَنْ يَرُدَّهَا) مَعْنَاهُ: إِذَا لَمْ يَنْقُصْهَا الْوَطْءُ، فَأَمَّا إِذَا نَقَصَهَا فَلَا يَرُدُّهَا وَإِنْ كَانَتْ ثَبِيًّا. إِلَيْهِ أَشِيرَ فِي شَرْحِ: الطَّحَاوِيِّ. وَعِنْدَهُمَا يَفْسُدُ النِّكَاحُ وَإِنْ وَطَّئَهَا لَمْ يَرُدَّهَا وَإِنْ كَانَتْ ثَبِيًّا لِأَنَّهُ مَلَكَهَا وَوَطَّئَهَا بِمِلْكِ الْيَمِينِ. وَلِهَذَا الْمَسْأَلَةُ نَظَائِرُ فِي كَوْنِهَا مُرْتَبَّةٌ عَلَى الْأَصْلِ الْمُتَقَدِّمِ مِنْهَا عِتْقُ الْمُشْتَرَى عَلَى الْمُشْتَرِي فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ إِذَا كَانَ قَرِيبًا لِلْمُشْتَرِي لَا يَعْتَقُ عَلَيْهِ عِنْدَهُ خِلَافًا لُهُمَا. وَمِنْهَا مَا إِذَا قَالَ إِنْ مَلَكَتْ عَبْدًا فَهُوَ حُرٌّ فَاشْتَرَى بِالْخِيَارِ لَا يَعْتَقُ عِنْدَهُ خِلَافًا لُهُمَا.

بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ إِنْ اشْتَرَيْتَ، لِأَنَّهُ يَصِيرُ كَالْمُنْشِئِ لِلْعِتْقِ بَعْدَ الشِّرَاءِ لِأَنَّ الْمَعْلَقَ بِالشَّرْطِ كَالْمُرْسَلِ عِنْدَهُ، وَلَوْ أُنْشِئَ الْعِتْقُ بَعْدَ شِرَائِهِ بِالْخِيَارِ عِتْقٌ وَسَقَطَ الْخِيَارُ كَذَا هَذَا. فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ كَالْمُنْشِئِ وَجَبَ أَنْ يَتَوَبَّ عَنْ الْكُفَّارَةِ إِذَا اشْتَرَى الْمُخْلُوفَ عَلَيْهِ بِعْتَقِهِ نَآوِيًا عَنْ الْكُفَّارَةِ. أَجِيبَ بِأَنَّهُ جُعِلَ كَالْمُنْشِئِ تَصْحِيحًا لقَوْلِهِ فَهُوَ حُرٌّ فَلَا يَتَعَدَّى إِلَى الْوُقُوعِ عَنْ الْكُفَّارَةِ بَعْدَ اسْتِحْقَاقِهِ الْحُرِّيَّةَ وَقَتَ الْيَمِينِ لِأَنَّهُ كَالْمُدَبِّرِ فِي الْاسْتِحْقَاقِ، وَفِيهِ يَعْمَلُ الْإِنْشَاءُ لِلْعِتْقِ لَا عَنْ الْكُفَّارَةِ كَذَلِكَ هَذَا. وَمِنْهَا أَنَّ الْمُشْتَرَاةَ إِذَا حَاضَتْ بَعْدَ الْقَبْضِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ حَيْضَةً أَوْ بَعْضَهَا فَاخْتَارَهَا لَا يَجْتَرِئُ بِتِلْكَ الْحَيْضَةِ مِنَ الْاسْتِبْرَاءِ عِنْدَهُ خِلَافًا لُهُمَا، وَلَوْ رَدَّهَا عَلَى الْبَائِعِ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْاسْتِبْرَاءُ عِنْدَهُ سَوَاءً كَانَ الرُّدُّ قَبْلَ الْقَبْضِ أَوْ بَعْدَهُ. وَعِنْدَهُمَا إِذَا كَانَ الرُّدُّ قَبْلَ الْقَبْضِ لَا يَجِبُ عَلَى الْبَائِعِ الْاسْتِبْرَاءُ اسْتِحْسَانًا.

وَالْقِيَاسُ أَنْ يَجِبَ لِتَجَدُّدِ الْمِلْكِ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ يَجِبُ الْاسْتِبْرَاءُ عَلَى الْبَائِعِ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا، وَأَجْمَعُوا فِي الْبَيْعِ الْبَاتِ يُفْسَخُ بِإِقَالَةٍ أَوْ غَيْرِهَا أَنَّ الْاسْتِبْرَاءَ وَاجِبٌ عَلَى الْبَائِعِ إِذَا كَانَ الْفَسْخُ قَبْلَ الْقَبْضِ قِيَاسًا وَبَعْدَهُ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا. وَمِنْهَا إِذَا وَلَدَتْ

المُشْتَرَاةُ فِي الْمُدَّةِ بِالنِّكَاحِ لَا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ عِنْدَهُ. قَالَ صَاحِبُ النَّهَائَةِ: لَا بُدَّ مِنْ أَحَدٍ تَأْوِيلَيْنِ: إِمَّا أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ اشْتَرَى مُنْكَوَحَتَهُ وَوَلَدَتْ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ قَبْلَ قَبْضِ الْمُشْتَرِي بِشَرْطِ الْخِيَارِ، أَوْ يَكُونَ اشْتَرَى الْأُمَةَ الَّتِي كَانَتْ مُنْكَوَحَتَهُ وَوَلَدَتْ مِنْهُ وَلَدًا قَبْلَ الشَّرَاءِ ثُمَّ اشْتَرَاهَا بِشَرْطِ الْخِيَارِ لَا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ عِنْدَهُ خِلَافًا لَهُمَا، وَعَلَى هَذَا كَانَ قَوْلُهُ فِي الْمُدَّةِ ظَرْفًا لِقَوْلِهِ لَا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ لَا ظَرْفُ الْوِلَادَةِ. وَتَقْرِيرُ كَلَامِهِ: إِذَا وَلَدَتْ الْمُشْتَرَاةُ بِالنِّكَاحِ لَا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ، وَفِيهِ تَعْقِيدٌ لَفْظِيٌّ كَمَا تَرَى. قَالَ صَاحِبُ النَّهَائَةِ: وَإِنَّمَا احْتَجْنَا إِلَى أَحَدِ التَّأْوِيلَيْنِ.

لَاكِنَّا لَوْ أَجَرَيْنَا عَلَى ظَاهِرِ اللَّفْظِ وَقُلْنَا إِنَّهُ إِذَا اشْتَرَى مُنْكَوَحَتَهُ بِشَرْطِ الْخِيَارِ وَقَبَضَهَا ثُمَّ وَلَدَتْ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ يَلْزَمُ الْبَيْعُ بِالِاتِّفَاقِ وَيَبْطُلُ خِيَارُ الشَّرْطِ لِأَنَّ الْوِلَادَةَ عَيْبٌ فَلَا يُمْكِنُ رَدُّهَا بَعْدَمَا تَعَيَّنَتِ الْجَارِيَةُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي بِشَرْطِ الْخِيَارِ.

وَمِنْهَا إِذَا قَبِضَ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ بِإِذْنِ الْبَائِعِ ثُمَّ أَوْدَعَهُ عِنْدَ الْبَائِعِ فَهَلْكَ فِي يَدِ الْبَائِعِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ أَوْ بَعْدَهَا هَلَكَ عَلَى الْبَائِعِ لِأَنَّ الْقَبْضَ قَدْ ارْتَفَعَ بِالرَّدِّ إِذْ الْوَدِيعَةُ لَمْ تَصِحَّ لِعَدَمِ مِلْكِ الْمُوْدَعِ، وَإِذَا ارْتَفَعَ الْقَبْضُ كَانَ هَلَاكُ الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ وَأَنَّهُ مِنْ مَالِ الْبَائِعِ، وَعِنْدَهُمَا لَمَّا مَلَكَهُ الْمُشْتَرِي صَحَّتْ الْوَدِيعَةُ وَصَارَ هَلَاكُهُ فِي يَدِ الْمُوْدَعِ كَهَلَاكِهِ فِي يَدِهِ.

وَمِنْهَا مَا لَوْ كَانَ الْمُشْتَرِي عَبْدًا مَأْذُونًا لَهُ فَأَبْرَأَهُ الْبَائِعُ عَنِ الثَّمَنِ فِي الْمُدَّةِ بَقِيَ خِيَارُهُ لِأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يَمْلِكْهُ كَانَ الرَّدُّ امْتِنَاعًا مِنْهُ عَنِ التَّمْلِكِ وَلِلْمَأْذُونِ لَهُ وَلَايَةُ ذَلِكَ، وَعِنْدَهُمَا بَطْلُ خِيَارِهِ لِأَنَّهُ لَمَّا مَلَكَهُ كَانَ الرَّدُّ مِنْهُ تَمْلِيكًا بغيرِ عَوَضٍ وَالْمَأْذُونُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهِ. فَإِنْ قُلْتُ: إِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي فَالْثَّمَنُ لَمْ يَخْرُجْ عَنِ مِلْكِهِ فَمَا وَجْهُ إِبْرَاءِ الْبَائِعِ عَنِ الثَّمَنِ قَبْلَ أَنْ يَمْلِكْهُ؟ أَجِيبَ بِأَنَّ الْقِيَاسَ يَنْفِي صِحَّةَ هَذَا الْإِبْرَاءِ، وَجَوَازُهُ اسْتِحْسَانٌ لِحُصُولِهِ بَعْدَ وُجُودِ سَبَبِ الْمِلْكِ وَهُوَ الْعَقْدُ. وَمِنْهَا إِذَا اشْتَرَى ذِمِّيٌّ مِنْ ذِمِّيٍّ خَمْرًا بِالْخِيَارِ ثُمَّ أَسْلَمَ بَطَلَ الْخِيَارُ عِنْدَهُمَا.

وَعِنْدَهُ بَطْلُ الْخِيَارِ وَالْبَيْعُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ مَذْكُورٌ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ؛ وَإِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ وَأَسْلَمَ يَبْطُلُ الْبَيْعُ بِالْإِجْمَاعِ؛ وَإِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي وَأَسْلَمَ الْبَائِعُ لَا يَبْطُلُ الْبَيْعُ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ الْعَقْدَ مِنْ جَانِبِهِ بَاتَ، فَإِنْ اخْتَارَهُ الْمُشْتَرِي صَارَ لَهُ، وَإِنْ رَدَّ صَارَ الْخَمْرُ لِلْبَائِعِ وَالْمُسْلِمُ مِنْ أَهْلِ أَنْ يَتَمْلَكَ الْخَمْرَ حُكْمًا.

قَالَ (وَمَنْ شَرِطَ لَهُ الْخِيَارَ فَلَهُ أَنْ يَفْسَخَ فِي الْمُدَّةِ وَلَهُ أَنْ يُجِيزَ، فَإِنْ أَجَازَهُ بِغَيْرِ حَضْرَةِ صَاحِبِهَا جَازَ. وَإِنْ فَسَخَ لَمْ يَجُزْ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْآخِرُ حَاضِرًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَجُوزُ) وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ وَالشَّرْطُ هُوَ الْعِلْمُ، وَإِنَّمَا كُنِيَ بِالْحَضْرَةِ عَنْهُ. لَهُ أَنَّهُ مُسَلِّطٌ عَلَى الْفَسْخِ مِنْ جِهَتِهِ صَاحِبِهِ فَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى عِلْمِهِ كَالْإِجَازَةِ وَلِهَذَا لَا يُشْتَرِطُ رِضَاهُ وَصَارَ كَالْوَكِيلِ بِالْبَيْعِ. وَلَهُمَا أَنَّهُ تَصَرُّفٌ فِي حَقِّ الْغَيْرِ وَهُوَ الْعَقْدُ بِالرَّفْعِ، وَلَا يَعْرِى عَنِ الْمَضَرَّةِ؛ لِأَنَّهُ عَسَاهُ يَعْتَمِدُ تَمَامَ الْبَيْعِ السَّابِقِ فَيَتَصَرَّفُ فِيهِ فَتَلَزِمُهُ غَرَامَةُ الْقِيَمَةِ بِالْهَلَاكِ فِيمَا إِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ، أَوْ لَا يَطْلُبُ لِسَلْعَتِهِ مُشْتَرِيًا فِيمَا إِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي، وَهَذَا نَوْعٌ ضَرَرٍ فَيَتَوَقَّفُ عَلَى عِلْمِهِ وَصَارَ كَعَزْلِ الْوَكِيلِ، بِخِلَافِ الْإِجَازَةِ لِأَنَّهُ لَا إلْزَامَ فِيهِ، وَلَا نَقُولُ إِنَّهُ مُسَلِّطٌ، وَكَيْفَ يُقَالُ ذَلِكَ وَصَاحِبُهُ لَا يَمْلِكُ الْفَسْخَ وَلَا تَسْلِيطَ فِي غَيْرِ مَا يَمْلِكُهُ الْمُسَلِّطُ، وَلَوْ كَانَ فَسْخٌ فِي حَالِ غَيْبَةِ صَاحِبِهِ وَبَلَّغَهُ فِي الْمُدَّةِ تَمَّ الْفَسْخُ لِحُصُولِ الْعِلْمِ بِهِ، وَلَوْ بَلَّغَهُ بَعْدَ مُضِيِّ الْمُدَّةِ تَمَّ الْعَقْدُ بِمُضِيِّ الْمُدَّةِ قَبْلَ الْفَسْخِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ شَرِطَ لَهُ الْخِيَارَ فَلَهُ أَنْ يَفْسَخَ فِي الْمُدَّةِ) هَذَا الْعُمُومُ يَتَنَاوَلُ الْبَائِعَ وَالْمُشْتَرِيَّ وَالْأَجْنَبِيَّ، لِأَنَّ شَرْطَ الْخِيَارِ يَصِحُّ مِنْهُمْ جَمِيعًا، فَإِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ فَلَا إِجَازَةَ تَحْصُلُ بِثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ: بِأَنْ يَقُولَ أَجَزْتُ وَبِمَوْتِهِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ لِأَنَّهُ لَا يُوَرِّثُ كَمَا سَنَذْكُرُهُ فَيَكُونُ الْعَقْدُ بِهِ نَافِذًا، وَبِأَنْ تَمُضِيَ مُدَّةُ الْخِيَارِ مِنْ غَيْرِ فَسْخٍ وَإِذَا كَانَ لِلْمُشْتَرِي فَبِذَلِكَ، وَبِأَنْ يَصِيرَ الْمَبِيعُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي إِلَى حَالٍ لَا يَمْلِكُ فَسْخَهُ عَلَى تِلْكَ الْحَالَةِ كَهَلَاكِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ وَاتِّقَاصِهِ كَمَا تَقَدَّمَ. وَأَمَّا الْفَسْخُ فَقَدْ يَكُونُ حَقِيقَةً وَقَدْ يَكُونُ حُكْمًا. وَالثَّانِي هُوَ مَا يَكُونُ بِالْفِعْلِ كَأَنْ يَتَصَرَّفَ الْبَائِعُ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ تَصَرُّفَ الْمَالِكِ، كَمَا إِذَا أَعْتَقَ الْمَبِيعَ أَوْ بَاعَهُ أَوْ كَانَتْ جَارِيَةً فَوَطَّعَهَا أَوْ قَبَّلَهَا أَوْ أَنْ يَكُونَ الثَّمَنُ عَيْنًا فَتَصَرَّفَ الْمُشْتَرِي فِيهِ تَصَرُّفُ الْمَالِكِ فِيمَا إِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي فَإِنَّ الْعَقْدَ يَنْفَسَخُ سَوَاءً فِي ذَلِكَ حُضُورُ الْآخِرِ وَعَدَمُهُ لِأَنَّهُ فُسِّخَ حُكْمِيًّا، وَالشَّيْءُ قَدْ يَثْبُتُ حُكْمًا وَإِنْ كَانَ يَطْلُبُ قَصْدًا.

وَأَمَّا الْأَوَّلُ فَهُوَ مَا يَكُونُ بِالْقَوْلِ، وَهُوَ أَنْ يَقُولَ الْبَائِعُ أَوْ الْمُشْتَرِي فَسَخْتُ، فَإِنْ

كَانَ ذَلِكَ بِحَضْرَةِ الْآخِرِ أَيَّ يَعْلَمُهُ الْفَسْخُ الْعَقْدُ بِالِاتِّفَاقِ، وَإِنْ كَانَ بغيرِ عِلْمِهِ فَلَا يَجُوزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَجُوزُ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، لِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ مَنْ لَهُ الْخِيَارُ مُسَلِّطٌ عَلَى فسخِ الْعَقْدِ مِنْ جِهَةِ صَاحِبِهِ، وَكُلُّ مَنْ هُوَ كَذَلِكَ لَا يَتَوَقَّفُ فِعْلُهُ عَلَى عِلْمِ صَاحِبِهِ كَالِإِجَارَةِ، وَهُوَ قِيَاسٌ مِنْهُ لِأَحَدِ شَطْرَيْ الْعَقْدِ عَلَى الْآخَرِ، وَوَضَحَ ذَلِكَ بِعَدَمِ اشْتِرَاطِ الرِّضَا، وَجُعِلَ ذَلِكَ كَالْوَكِيلِ بِالْبَيْعِ فَإِنَّ لَهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيمَا وَكُلُّ بِهِ وَإِنْ كَانَ الْمُوَكَّلُ غَائِبًا لِأَنَّهُ مُسَلِّطٌ مِنْ جِهَتِهِ (وَلَهُمَا أَنْ الْفَسْخُ تَصَرُّفٌ فِي حَقِّ الْغَيْرِ وَهُوَ الْعَقْدُ بِالرَّفْعِ وَ) هُوَ (لَا يَغْرَى عَنْ الْمَضْرَّةِ) أَمَّا إِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ فَالْمُشْتَرِي عَسَاهُ يَعْتَمِدُ تِمَامَ الْبَيْعِ السَّابِقِ فَيَتَصَرَّفُ فِيهِ فَيَلْزِمُهُ غَرَامَةُ الْقِيَمَةِ بِهَلَاكِ الْمَبِيعِ وَقَدْ تَكُونُ الْقِيَمَةُ أَكْثَرَ مِنَ الثَّمَنِ وَلَا خَفَاءَ فِي كَوْنِهِ ضَرَرًا. وَأَمَّا إِذَا كَانَ لِلْمُشْتَرِي فَالْبَائِعُ عَسَى يَعْتَمِدُ تِمَامَهُ فَلَا يَطْلُبُ لِسَلْعَتِهِ مُشْتَرِيًا، وَقَدْ تَكُونُ الْمُدَّةُ أَيَّامَ رَوَاجِ بَيْعِ الْمَبِيعِ وَفِي ذَلِكَ ضَرَرٌ لَا يَخْفَى، وَالتَّصَرُّفُ الْمُشْتَمِلُ عَلَى ضَرَرٍ فِي حَقِّ الْغَيْرِ يَتَوَقَّفُ عَلَى عِلْمِهِ لَا مَحَالَةَ كَمَا فِي عَزْلِ الْوَكِيلِ.

وَالْقِيَاسُ عَلَى شَطْرِ الْآخَرِ فَاسِدٌ لِقِيَامِ الْفَارِقِ وَهُوَ الْإِلْزَامُ، وَلَا يُسَلِّمُ أَنَّهُ مُسَلِّطٌ مِنْ جِهَةِ صَاحِبِهِ عَلَى الْفَسْخِ لِأَنَّ التَّسْلِيْطَ عَلَى الْفَسْخِ مِمَّنْ لَا يَمْلِكُهُ غَيْرُ مَعْقُولٍ وَلَا مَشْرُوعٍ كَالْتَّمْلِيكِ مِنْ غَيْرِ الْمَالِكِ، وَعَدَمُ اشْتِرَاطِ الرِّضَا لَا يَسْتَلْزِمُ عَدَمَ اشْتِرَاطِ الْعِلْمِ لِأَنَّ مَبْنَى الْإِلْزَامِ عَلَى الْعِلْمِ لَا عَلَى الرِّضَا، وَكَوْنُهُ لَا بُدَّ مِنْهُ فِي الْبَيَاعَاتِ لِأَنَّهُ لَا إِرَافَ فِيهَا، وَعُورِضَ بَأَنَّ مَا ذَكَرْتُمْ مِنْ إِرَافِ الضَّرَرِ وَإِنْ دَلَّ عَلَى اشْتِرَاطِ الْعِلْمِ وَلَكِنْ عِنْدَنَا مَا يَنْفِيهِ وَهُوَ أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَنْفَرِدْ بِالْفَسْخِ لَرُبَّمَا اخْتَفَى مَنْ لَيْسَ لَهُ الْخِيَارُ إِلَى مُضِيِّ الْمُدَّةِ فَيَلْزِمُ الْبَيْعُ، وَفِيهِ مِنَ الضَّرَرِ مَا لَا يَخْفَى. وَأَجِيبَ بِأَنَّهُ ضَرَرٌ مَرْضِيٌّ بِهِ مِنْهُ حَيْثُ تَرَكَ الْإِسْتِيفَاقَ بِأَخْذِ الْكَفِيلِ مَخَافَةَ الْعَيْبَةِ.

وَأَعْلَمُ أَنَّ مَذَارَ دَلِيلِهِمَا إِرَافُ ضَرَرٍ زَائِدٍ غَيْرِ مَرْضِيٍّ بِهِ، فَإِذَا فَاتَ الْمَجْمُوعُ أَوْ بَعْضُهُ فِي بَعْضِ الصُّوَرِ لَا يَكُونُ تَقْضًا، فَلَا يُرَدُّ مَا قِيلَ الطَّلَاقُ وَالْعَتَاقُ وَالْعَفْوُ عَنْ الْقِصَاصِ يَلْزِمُ مِنْهَا فِي حَقِّ غَيْرِ الْفَاعِلِ إِرَافُ، وَهُوَ مُسَوِّغٌ لِأَنَّ ذَلِكَ مِنَ الْإِسْقَاطَاتِ، وَمَا هُوَ كَذَلِكَ لَيْسَ فِيهِ شَيْءٌ مِنَ الْإِلْزَامِ كِاسْقَاطِ الْحِمْلِ عَنْ الدَّابَّةِ، وَلَا مَا قِيلَ الرُّوْجُ يَنْفَرِدُ بِالرَّجْعَةِ وَحُكْمُهَا يَلْزِمُ الْمَرْأَةَ وَإِنْ لَمْ تَعْلَمْ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهَا إِرَافُ لِأَنَّ الطَّلَاقَ

الرَّجْعِيَّ لَا يَرْفَعُ النِّكَاحَ حَتَّى تَكُونَ الرَّجْعَةُ إلْزَامَ أَمْرٍ جَدِيدٍ، سَلَمَتُهُ لَكِنْ لَيْسَ فِيهِ إلْزَامٌ ضَرَرَ لِأَنَّ النِّكَاحَ مِنْ عَوَالِي النَّعْمِ فَاسْتِدَامَتُهُ بِالرَّجْعَةِ لَا تَكُونُ ضَرَرًا وَلَا مَا قِيلَ اخْتِيَارُ الْمُخَيَّرَةِ يَنْفُذُ عَلَى زَوْجِهَا وَفِيهِ إلْزَامٌ حُكْمِ الِاخْتِيَارِ وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِهِ لَعَدَمِ الإلْزَامِ بَلْ لَدَلَّكَ بِالتَّزَامِهِ أَوْ لَأَنَّهُ لَا ضَرَرَ فِيهِ، فَإِنَّ الإِجْبَابَ فِيهِ حَصَلَ مِنْهُ.

وَلَوْ رَأَى ضَرَرًا مَا أَقْدَمَ عَلَيْهِ أَوْ لَأَنَّهُ غَيْرُ زَائِدٍ عَلَى مُوجِبِ التَّخْيِيرِ وَلَا مَا قِيلَ اخْتِيَارُ الْأُمَةِ الْمُعْتَقَةِ الْفُرْقَةُ يَلْزَمُ الزَّوْجَ بِدُونِ عِلْمِهِ وَفِيهِ إلْزَامٌ لَأَنَّهُ غَيْرُ زَائِدٍ عَلَى مُوجِبِ نِكَاحٍ مَنْ لَهُ الْخِيَارُ أَوْ هُوَ مَرْضِيٌّ بِهِ بِالإِقْدَامِ عَلَى سَبَبِهِ، وَلَا مَا قِيلَ اخْتِيَارُ الْمَالِكِ رَفَعَ عَقْدَ الْفُضُولِيِّ يَلْزَمُ الْعَاقِدَيْنِ بِلَا عِلْمٍ، وَفِيهِ إلْزَامٌ عَلَيْهِمَا لَأَنَّهُ امْتِنَاعٌ عَنِ الْعَقْدِ لَا إلْزَامٌ مِنْهُ، وَلَا مَا قِيلَ الطَّلَاقُ يَلْزَمُ الْعِدَّةَ عَلَى الْمَرْأَةِ وَإِنْ لَمْ تَعْلَمْ لَأَنَّهُ لَا ضَرَرَ فِي الْعِدَّةِ أَوْ لِكَوْنِهِ بِإِجْبَابِ الشَّرْعِ نَصًّا دُونَ الطَّلَاقِ، بِخِلَافِ الضَّرَرِ الْمَذْكُورِ فِي خِيَارِ الشَّرْطِ فَإِنَّهُ زَائِدٌ عَلَى مُوجِبِ خِيَارِ الشَّرْطِ وَهُوَ الرَّدُّ أَوْ الإِجَازَةُ، وَهُوَ غَيْرُ مَرْضِيٍّ بِهِ مِنْ جَانِبِ الْآخَرِ فَلَا يَلْزَمُهُ إِلَّا بِعِلْمِهِ (قَوْلُهُ وَلَوْ كَانَ فَسَخَ فِي حَالِ غَيْبَةِ صَاحِبِهِ) يُشِيرُ إِلَى أَنَّ الشَّرْطَ هُوَ الْعِلْمُ دُونَ الْحُضُورِ، وَلَيْسَ الْمُرَادُ بِقَوْلِهِ " كُنْتُ " الْكِنَايَةَ الْإِصْطِلَاحِيَّةَ لِأَرْبَابِ الْبَلَاغَةِ لَكِنَّ الْمُرَادَ بِهِ مَا اسْتَتَرَ بِهِ الْمُرَادُ.

قَالَ: (وَإِذَا مَاتَ مَنْ لَهُ الْخِيَارُ بَطَلَ خِيَارُهُ وَلَمْ يَنْتَقِلْ إِلَى وَرَثَتِهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُورَثُ عَنْهُ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ لَزِمَ ثَابِتٌ فِي الْبَيْعِ فَيَجْرِي فِيهِ الْإِرْثُ كَخِيَارِ الْعَيْبِ وَالتَّعْيِينِ. وَلَنَا أَنَّ الْخِيَارَ لَيْسَ إِلَّا مَشِيئَةً وَإِرَادَةً وَلَا يَتَصَوَّرُ انْتِقَالُهُ، وَالْإِرْثُ فِيمَا يَقْبَلُ الْانْتِقَالَ. بِخِلَافِ خِيَارِ الْعَيْبِ؛ لِأَنَّ الْمَوْرَثَ اسْتَحَقَّ الْمَبِيعَ سَلِيمًا فَكَذَا الْوَارِثُ، فَأَمَّا نَفْسُ الْخِيَارِ لَا يُورَثُ، وَأَمَّا خِيَارُ التَّعْيِينِ يَثْبُتُ لِلْوَارِثِ ابْتِدَاءً لَا خِتِلَاطَ مِلْكِهِ بِمِلْكِ الْغَيْرِ لَا أَنْ يُورَثَ الْخِيَارُ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا مَاتَ مَنْ لَهُ الْخِيَارُ بَطَلَ خِيَارُهُ) إِذَا مَاتَ مَنْ لَهُ الْخِيَارُ سَوَاءً كَانَ الْبَائِعُ أَوْ الْمُشْتَرِي أَوْ غَيْرُهُمَا سَقَطَ الْخِيَارُ وَلَزِمَ الْبَيْعُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا مَاتَ مَنْ عَلَيْهِ الْخِيَارُ فَإِنَّهُ بَاقٍ بِالإِجْمَاعِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِذَا مَاتَ مَنْ لَهُ الْخِيَارُ انْتَقَلَ الْخِيَارُ إِلَى وَارِثِهِ لِأَنَّهُ حَقٌّ ثَابِتٌ لَزِمَ فِي الْبَيْعِ فَيَجْرِي فِيهِ الْإِرْثُ كَخِيَارِ الْعَيْبِ وَكَخِيَارِ تَعْيِينِ الْمَبِيعِ بِأَنْ اشْتَرَى أَحَدُ الثَّوْنَيْنِ عَلَى أَنَّهُ بِالْخِيَارِ يَأْخُذُ أَيُّهُمَا شَاءَ.

وَلَنَا أَنَّ الْخِيَارَ لَا يَقْبَلُ الْإِنْتِقَالَ لِأَنَّهُ لَيْسَ إِلَّا مَشِئَةً وَإِرَادَةً وَهُمَا عَرْضَانِ،
وَالْعَرْضُ لَا يَقْبَلُ الْإِنْتِقَالَ، وَالْإِرْثُ فِيمَا يَقْبَلُ الْإِنْتِقَالَ لِأَنَّهُ خِلَافَةٌ عَنِ الْمَوْرَثِ يَنْقَلُ
الْأَعْيَانُ إِلَى الْوَارِثِ، وَهَذَا مَعْقُولٌ لَا مُعَارِضَ لَهُ مِنَ الْمُنْقُولِ فَيَكُونُ مَعْمُولًا بِهِ لَا يُقَالُ:
قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ تَرَكَ مَالًا أَوْ حَقًّا فَلَوْرَثْتَهُ» وَالْخِيَارُ حَقٌّ فَيَكُونُ لَوْرَثْتَهُ،
لَأَنَّ الْمُرَادَ بِهِ حَقٌّ قَابِلٌ لِلإِنْتِقَالِ بِدَلِيلِ قَوْلِهِ «فَلَوْرَثْتَهُ» عَلَى مَا مَرَّ، وَالْخِيَارُ لَيْسَ كَذَلِكَ.
قِيلَ: الْمَالَكِيَّةُ صِفَةٌ تَنْتَقِلُ مِنَ الْمَوْرُوثِ إِلَيْهِ فِي الْأَعْيَانِ فَهَلَا يَكُونُ الْخِيَارُ كَذَلِكَ.
وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْمُنْتَقِلَ هُوَ الْعَيْنُ وَتَقِلُ الْمَالَكِيَّةُ ضِمْنِيًّا. قِيلَ: فَلْيَكُنْ خِيَارُ الشَّرْطِ
كَذَلِكَ بِأَنَّهُ يَنْتَقِلُ الْمَبِيعُ مِنَ الْمَوْرَثِ إِلَى الْوَارِثِ ثُمَّ الْخِيَارُ يَتَّبِعُهُ ضِمْنًا. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْخِيَارَ
لَيْسَ مِنْ لَوَازِمِ الْمَبِيعِ بَلِ الْأَصْلُ عَدَمُهُ، وَكَمْ مِنْ مَبِيعٍ لَا خِيَارَ فِيهِ، بِخِلَافِ الْمَمْلُوكِ فَإِنَّهُ
يَسْتَلْزِمُ مَالَكِيَّةَ مَالِكٍ، وَفِيهِ نَظَرٌ فَإِنَّ الْكَلَامَ فِي الْمَبِيعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ لَا فِي مُطْلَقِهِ، وَالْخِيَارُ
يَلْزِمُهُ، وَالصَّوَابُ أَنْ يُقَالَ: الْغَرَضُ الْأَصْلِيُّ مِنْ ثَقُلِ الْأَعْيَانِ مِلْكِيَّتُهَا، وَلَيْسَ الْخِيَارُ فِي
الْمَبِيعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ كَذَلِكَ، فَلَا يَلْزِمُهُ مِنَ الْإِنْتِقَالِ مَا هُوَ الْغَرَضُ الْأَصْلِيُّ ائْتِقَالَ مَا لَيْسَ
كَذَلِكَ. فَإِنْ قِيلَ: الْقِصَاصُ يَنْتَقِلُ مِنَ الْمَوْرَثِ إِلَى الْوَارِثِ بِذَاتِهِ مِنْ غَيْرِ تَبَعِيَّةِ الْعَيْنِ
فَلْيَكُنْ الْخِيَارُ كَذَلِكَ.

أُجِيبَ بِأَنَّهُ ثَبَتَ لِلْوَارِثِ ابْتِدَاءً لِأَنَّهُ شَرَعٌ لِلتَّشْفِي، وَهُمَا فِي ذَلِكَ سَيَّانٍ، إِلَّا أَنَّ
الْمَوْرَثَ مُتَقَدِّمٌ فَإِذَا مَاتَ زَالَ التَّقَدُّمُ وَثَبَتَ لِلْوَارِثِ بِمَا ثَبَتَ لِلْمَوْرَثِ: أَعْنِي التَّشْفِي،
وَالْخِيَارُ يُثْبِتُ بِالْعَقْدِ وَالشَّرْطِ، وَالْوَارِثُ لَيْسَ بِعَاقِدٍ وَلَا شَارِطٍ. لَا يُقَالُ: الْبَيْعُ بِشَرْطِ
الْخِيَارِ غَيْرُ لَازِمٍ فَيَوْرَثُ كَذَلِكَ لَا بِطَرِيقِ الثَّقُلِ فَلَا يَنْفِيهِ مَا ذَكَرْتُمْ لِأَنَّ كَلَامَنَا مَعَ مَنْ
يَقُولُ بِالثَّقُلِ، وَمَا ذَكَرْنَا يَدُلُّ عَلَى اتِّفَاقِهِ وَلَوْ التَّزَمَ مُلْتَزِمٌ مَا ذَكَرْتُمْ قُلْنَا: الْبَيْعُ بِشَرْطِ
الْخِيَارِ غَيْرُ لَازِمٍ فِي حَقِّ الْعَاقِدِ أَوْ فِي حَقِّ الْوَارِثِ، وَالْأَوَّلُ مُسْلَمٌ وَلَا كَلَامَ فِيهِ، وَالثَّانِي
عَيْنُ النِّزَاعِ (قَوْلُهُ بِخِلَافِ خِيَارِ الْعَيْبِ) جَوَابٌ عَمَّا قَاسَ عَلَيْهِ.

وَتَقْرِيرُهُ لَا يُسْلَمُ أَنَّهُ بِطَرِيقِ الثَّقُلِ بَلِ الْمَوْرَثُ اسْتَحَقَّ الْمَبِيعَ سَلِيمًا، فَكَذَا الْوَارِثُ
فَكَانَ ذَلِكَ ثَقُلًا فِي الْأَعْيَانِ دُونَ الْخِيَارِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ سَبَبَ خِيَارِ الْعَيْبِ اسْتِحْقَاقُ
الْمُطَالَبَةِ بِتَسْلِيمِ الْجُزْءِ الْفَائِتِ لِأَنَّ ذَلِكَ الْجُزْءَ مِنَ الْمَالِ مُسْتَحَقٌّ لِلْمُشْتَرِي بِالْعَقْدِ، فَإِذَا
طَالَبَ الْبَائِعَ بِالتَّسْلِيمِ وَعَجَزَ عَنِ التَّسْلِيمِ فَسُخِّ الْعَقْدُ لِأَجْلِهِ، وَقَدْ وَجَدَ هَذَا الْمَعْنَى فِي

حَقُّ الْوَارِثِ لِأَنَّهُ يَخْلُفُ الْمُشْتَرِيَ فِي مِلْكِ ذَلِكَ الْجُزْءِ، بِخِلَافِ خِيَارِ الشَّرْطِ فَإِنَّ السَّبَبَ وَهُوَ الشَّرْطُ لَا يُوجَدُ فِي حَقِّ الْوَارِثِ، وَكَذَا خِيَارُ التَّعِينِ لَا يَنْتَقِلُ بَلْ الْخِيَارُ سَقَطَ بِالْمَوْتِ، لَكِنَّ الْوَارِثَ وَرَثَ الْمِيعَ وَهُوَ مَجْهُولٌ فَثَبَّتَ لَهُ خِيَارُ التَّعِينِ، وَكَمَنْ اخْتَلَطَ مَالُهُ بِمَالِ رَجُلٍ ثَبَّتَ لَهُ خِيَارُ التَّعِينِ، وَهَذَا الْخِيَارُ غَيْرُ ذَلِكَ الْخِيَارِ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْمَوْرَثَ كَانَ لَهُ أَنْ يَفْسَخَ قَوْلَهُ وَكَانَ خِيَارُهُ مُؤَقَّتًا، وَالْوَارِثُ لَيْسَ لَهُ الْفَسْخُ وَلَيْسَ خِيَارُهُ بِمُؤَقَّتٍ.

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى شَيْئًا وَشَرَطَ الْخِيَارَ لغيرِهِ فَأَيُّهُمَا أَجَازَ الْخِيَارَ وَأَيُّهُمَا نَقَضَ انْتَقَضَ) وَأَصْلُ هَذَا أَنَّ اشْتِرَاطَ الْخِيَارِ لغيرِهِ جَائِزٌ اسْتِحْسَانًا، وَفِي الْقِيَاسِ لَا يَجُوزُ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ؛ لِأَنَّ الْخِيَارَ مِنْ مَوَاجِبِ الْعَقْدِ وَأَحْكَامِهِ، فَلَا يَجُوزُ اشْتِرَاطُهُ لغيرِهِ كَاشْتِرَاطِ الثَّمَنِ عَلَى غَيْرِ الْمُشْتَرِيَ.. وَلَنَا أَنَّ الْخِيَارَ لغيرِ الْعَاقِدِ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِطَرِيقِ النِّيَابَةِ عَنِ الْعَاقِدِ فَيَقْدَرُ الْخِيَارُ لَهُ اقْتِضَاءٌ ثُمَّ يُجْعَلُ هُوَ نَائِبًا عَنْهُ تَصَحِيحًا لِتَصَرُّفِهِ، وَعِنْدَ ذَلِكَ يَكُونُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْخِيَارُ، فَأَيُّهُمَا أَجَازَ جَازَ، وَأَيُّهُمَا نَقَضَ انْتَقَضَ (وَلَوْ أَجَازَ أَحَدُهُمَا وَفَسَخَ الْآخَرُ يُعْتَبَرُ السَّابِقُ) لَوْجُودِهِ فِي زَمَانٍ لَا يُزَاحِمُهُ فِيهِ غَيْرُهُ، وَلَوْ خَرَجَ الْكَلَامَانِ مِنْهُمَا مَعًا يُعْتَبَرُ تَصَرُّفُ الْعَاقِدِ فِي رِوَايَةٍ وَتَصَرُّفُ الْفَاسِخِ فِي أُخْرَى. وَجَهُ الْأَوَّلِ أَنَّ تَصَرُّفَ الْعَاقِدِ أَقْوَى؛ لِأَنَّ النَّائِبَ يَسْتَفِيدُ الْوِلَايَةَ مِنْهُ. وَجَهُ الثَّانِي أَنَّ الْفَسْخَ أَقْوَى؛ لِأَنَّ الْمَجَازَ يَلْحَقُهُ الْفَسْخُ وَالْمَفْسُوخُ لَا تَلْحَقُهُ الْإِجَازَةُ، وَلَمَّا مَلَكَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا التَّصَرُّفَ رَجَحْنَا بِحَالِ التَّصَرُّفِ. وَهِيَ الْأَوَّلُ قَوْلُ مُحَمَّدٍ وَالثَّانِي قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ، وَاسْتِخْرَاجُ ذَلِكَ مِمَّا إِذَا بَاعَ الْوَكِيلُ مِنْ رَجُلٍ وَالْمُوَكَّلُ مِنْ غَيْرِهِ مَعًا؛ فَمُحَمَّدٌ يُعْتَبَرُ فِيهِ تَصَرُّفُ الْمُوَكَّلِ، وَأَبُو يُوسُفَ يُعْتَبَرُ هُمَا.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى وَشَرَطَ الْخِيَارَ لغيرِهِ) تَقْرِيرُ كَلَامِهِ: وَمَنْ اشْتَرَى وَشَرَطَ الْخِيَارَ لغيرِهِ جَازَ حَذْفُهُ لِلدَّلَالَةِ قَوْلُهُ فَأَيُّهُمَا أَجَازَ جَازَ: يَعْنِي مِنَ الْمُشْتَرِيَ وَذَلِكَ الْغَيْرُ عَلَى الْمَحْذُوفِ، وَاشْتِرَاطُ الْخِيَارِ لِلغَيْرِ لَا يَجُوزُ فِي الْقِيَاسِ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ، لِأَنَّ الْخِيَارَ إِذَا شُرِطَ فِي الْعَقْدِ صَارَ حَقًّا مِنْ حُقُوقِهِ وَاجِبًا مِنْ وَاجِبَاتِهِ بِمُقْتَضَى الشَّرْطِ الْمُسَوِّغِ شَرْعًا، وَمَا كَانَ مِنْ مَوَاجِبِ الْعَقْدِ لَا يَجُوزُ اشْتِرَاطُهُ عَلَى غَيْرِ الْعَاقِدِ كَاشْتِرَاطِ الثَّمَنِ عَلَى غَيْرِ

المُشْتَرِي أَوْ اشْتَرَا تَسْلِيمِهِ عَلَى غَيْرِهِ أَوْ اشْتَرَا الْمَلِكَ لغيرِهِ، لَكِنَّ الْعُلَمَاءَ الثَّلَاثَةَ اسْتَحْسَنُوا جَوَازَهُ لِأَنَّ الْحَاجَةَ قَدْ تَدْعُو إِلَى اشْتِرَاطِ الْخِيَارِ لِلْأَجْنَبِيِّ لَكُونِهِ أَعْرَفَ بِالْمَبِيعِ أَوْ بِالْعَقْدِ فَصَارَ كَالِاخْتِیَاجِ إِلَى نَفْسِ الْخِيَارِ. وَطَرِيقُ ذَلِكَ أَنْ يَثْبُتَ بِطَرِيقِ الثَّبَاتِ عَنْ الْعَاقِدِ اقْتِضَاءً، إِذْ لَا وَجْهَ لِإِثْبَاتِهِ لِلغَيْرِ أَصَالَةً فَيُجْعَلُ كَأَنَّهُ شَرْطُهُ لِنَفْسِهِ وَجُعِلَ الْأَجْنَبِيُّ نَائِبًا عَنْهُ فِي التَّصَرُّفِ تَصَحِيحًا لَهُ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ، وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّ شَرْطَ الْاِقْتِضَاءِ أَنْ يَكُونَ الْمُقْتَضَى أَذْنَى مَنْزِلَةً مِنَ الْمُقْتَضَى، أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ قَالَ لِعَبْدٍ لَهُ حَنْثٌ فِي يَمِينِهِ كَفَرٌ عَنْ يَمِينِكَ بِالمَالِ لَا يَكُونُ ذَلِكَ تَحْرِيرًا اقْتِضَاءً لِأَنَّ التَّحْرِيرَ أَقْوَى مِنْ تَصَرُّفِ التَّكْفِيرِ لَكُونِهِ أَصْلًا فَلَا يَثْبُتُ تَبَعًا لفرعه، وَلَا خَفَاءً أَنَّ الْعَاقِدَ أَعْلَى مَرْتَبَةً فَكَيْفَ يَثْبُتُ الْخِيَارُ لَهُ اقْتِضَاءً.

وَالثَّانِي أَنَّ اشْتِرَاطَ الْخِيَارِ لِلغَيْرِ لَوْ جَازَ اقْتِضَاءً تَصَحِيحًا لَجَازَ اشْتِرَاطُ وَجُوبِ الثَّمَنِ عَلَى الْغَيْرِ بِطَرِيقِ الْكِفَالَةِ بِأَنَّ يَجِبَ الثَّمَنُ عَلَى الْعَاقِدِ أَوَّلًا ثُمَّ عَلَى الْغَيْرِ كِفَالَةً عَنْهُ كَذَلِكَ. وَأُجِيبَ عَنْ الْأَوَّلِ بِأَنَّ الِاعْتِبَارَ لِلْمَقَاصِدِ، وَالْغَيْرُ هُوَ الْمَقْصُودُ بِاشْتِرَاطِ الْخِيَارِ فَكَانَ هُوَ الْأَصْلُ نَظَرًا إِلَى الْخِيَارِ وَالْعَاقِدُ أَصْلٌ مِنْ حَيْثُ التَّمْلُكُ لَا مِنْ حَيْثُ الْخِيَارُ فَلَا يَلَزُمُ ثُبُوتُ الْأَصْلِ بِتَبَعِيَّةِ فِرْعِهِ.

وَأَمَّا التَّحْرِيرُ فَإِنَّهُ الْأَصْلُ فِي وَجُوبِ الْكِفَارَةِ الْمَالِيَّةِ فَلَا يَثْبُتُ تَبَعًا لفرعه. وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ الدَّيْنَ لَا يَجِبُ عَلَى الْكَفِيلِ فِي الصَّحِيحِ بَلْ هِيَ التِّزَامُ الْمُطَالَبَةِ، وَالْمَذْكُورُ هَاهُنَا هُوَ الثَّمَنُ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ وَثُبُوتُ الْمُقْتَضَى لِتَصَحِيحِ الْمُقْتَضَى، وَلَوْ صَحَّتْ الْكِفَالَةُ بِطَرِيقِ الْاِقْتِضَاءِ كَانَ مُبْطَلًا لِلْمُقْتَضَى وَعَادَ عَلَى مَوْضُوعِهِ بِالنَّقْضِ. فَإِنْ قِيلَ: فَلْيَكُنْ بِطَرِيقِ الْحَوَالَةِ فَإِنَّ الْحَوَالَةَ فِيهَا الْمُطَالَبَةُ بِالْأَدْيَانِ. فَالْجَوَابُ أَنَّ الْمُشْتَرِي أَصْلٌ فِي وَجُوبِ الثَّمَنِ عَلَيْهِ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ تَابِعًا لفرعه وَهُوَ الْمُحَالُ عَلَيْهِ (وَإِذَا ثَبَتَ الْخِيَارُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَأَيُّهُمَا أَجَازَ جَازَ وَأَيُّهُمَا نَقَضَ انْتَقَضَ) وَلَوْ اخْتَلَفَ فَعُلُومًا فِي الْإِجَازَةِ وَالتَّقْضِ أُعْتَبِرَ السَّابِقُ لَعَدَمِ مَا يُرَاحِمُهُ (وَلَوْ خَرَجَ الْكَلَامَانِ مَعًا اخْتَلَفَتِ الرِّوَايَةُ) فَفِي رِوَايَةِ يُونُسَ الْمَبْسُوطِ (يُعْتَبَرُ تَصَرُّفُ الْعَاقِدِ) فَسَخَا كَانَ أَوْ إِجَازَةً (و) فِي رِوَايَةِ مَا دُونَ الْمَبْسُوطِ يُعْتَبَرُ (تَصَرُّفُ الْفَسْخِ) سَوَاءً كَانَ مِنَ الْعَاقِدِ أَوْ مِنْ غَيْرِهِ (وَجْهٌ) الْقَوْلُ (الْأَوَّلُ) أَنَّ تَصَرُّفَ الْعَاقِدِ أَقْوَى وَالْأَقْوَى: يُقَدَّمُ عَلَى غَيْرِهِ، وَفَقَهُ ذَلِكَ أَنَّ تَصَرُّفَ النَّائِبِ إِنَّمَا

يُحْتَاجُ إِلَيْهِ عِنْدَ انْتِفَاءِ تَصَرُّفِ الْمُتَوَكِّلِ، وَأَمَّا عِنْدَ وُجُودِهِ فَلَا احتِجَاجَ إِلَيْهِ. وَاسْتَشْكَلَ بِمَا إِذَا وَكَّلَ رَجُلًا آخَرَ بِطَلَاقِ امْرَأَتِهِ لِلْسُّنَّةِ فَطَلَّقَهَا الْوَكِيلُ وَالْمُوَكَّلُ مَعًا فَإِنَّ الْوَاقِعَ طَلَاقُ أَحَدِهِمَا لَا بَعَيْنَهُ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ التَّرْجِيحَ يُحْتَاجُ إِلَيْهِ عِنْدَ تَنَافِي الْفَعْلَيْنِ كَالْفَسْخِ وَالْإِجَازَةِ، وَأَمَّا إِذَا اتَّحَدَا فَالْمَطْلُوبُ حَاصِلٌ بِذَوْنِهِ فَلَا حَاجَةَ إِلَيْهِ. (وَوَجْهُ) الْقَوْلِ (الثَّانِي) أَنَّ الْفَسْخَ أَوْلَى لِأَنَّ الْمَجَازَ يُلْحَقُهُ الْفَسْخُ) كَمَا لَوْ أَجَازَ وَالْمَبِيعُ هَلَكَ عِنْدَ الْبَائِعِ (وَالْمَفْسُوخُ لَا تُلْحَقُهُ الْإِجَازَةُ) فَإِنَّ الْعَقْدَ إِذَا انْفَسَخَ بِهِلَاكِ الْمَبِيعِ عِنْدَ الْبَائِعِ لَا تُلْحَقُهُ الْإِجَازَةُ، وَلَا خَفَاءَ فِي قُوَّةِ مَا يَطْرُقُ عَلَى غَيْرِهِ فَيُزِيلُهُ عَلَى مَا لَيْسَ كَذَلِكَ، وَتَوْقُضَ بِمَا إِذَا لَاقَى مَنْ لَهُ الْخِيَارُ غَيْرُهُ فَتَنَاقَضَا الْمَبِيعُ ثُمَّ هَلَكَ الْمَبِيعُ عِنْدَ الْمُشْتَرِي قَبْلَ قَبْضِ الْبَائِعِ بِحُكْمِ الْإِقَالَةِ فَإِنَّ عَلَى الْمُشْتَرِي الثَّمَنَ إِنْ كَانَ الْخِيَارُ لَهُ، وَالْقِيَمَةَ إِنْ كَانَ لِلْبَائِعِ فَكَانَ ذَلِكَ فَسْخًا لِلْفَسْخِ وَهُوَ إِجَازَةٌ لِلْمَفْسُوخِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْكَلَامَ فِي أَنَّ الْإِجَازَةَ لَا تُلْحَقُ الْمَفْسُوخَ وَمَا ذَكَرْتُمْ فَسْخًا لَا إِجَازَةً (وَقِيلَ الْأَوَّلُ قَوْلُ مُحَمَّدٍ، وَالثَّانِي قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ) فِي الْمَسْطُوطِ. قِيلَ وَالثَّانِي أَصَحُّ، وَلَعَلَّ قَوْلَهُ وَلَمَّا مَلَكَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا التَّصَرُّفَ رَجَحْنَا بِحَالِ التَّصَرُّفِ إِشَارَةً إِلَى ذَلِكَ: يَعْنِي لَمَّا كَانَ كُلُّ مِنْهُمَا أَصْلًا فِي التَّصَرُّفِ مِنْ وَجْهِ: الْعَاقِدُ مِنْ حَيْثُ التَّمْلُكُ وَالْأَجْنَبِيُّ مِنْ حَيْثُ شَرْطُ الْخِيَارِ لَهُ لَمْ يَتَرَجَّحْ الْأَمْرُ مِنْ حَيْثُ التَّصَرُّفُ فَرَجَحْنَا مِنْ حَيْثُ حَالُ التَّصَرُّفِ. لَا يُقَالُ: الْفَسْخُ وَالْإِجَازَةُ مِنْ تَوَابِعِ الْخِيَارِ فَكَانَ الْقِيَاسُ تَرْجِيحَ تَصَرُّفِ مَنْ لَهُ الْخِيَارُ لِأَنَّ جِهَةَ تَمْلُكِ الْعَقْدِ عَارِضَتُهُ فِي ذَلِكَ (قَوْلُهُ وَاسْتَخْرَجَ ذَلِكَ) يَعْنِي أَنَّ الْمُسْتَوْبَ إِلَيْهِمَا لَيْسَ بِمَنْقُولٍ عَنْهُمَا (و) إِنَّمَا (أُسْتَخْرَجَ بِمَا إِذَا بَاعَ الْوَكِيلُ مِنْ أَحَدٍ وَالْمُوَكَّلُ مِنْ غَيْرِهِ مَعًا، فَ مُحَمَّدٌ يَعْتَبِرُ فِيهِ تَصَرُّفَ الْمُوَكَّلِ، وَأَبُو يُوسُفَ يَعْتَبِرُ تَصَرُّفَهُمَا) وَيُجْعَلُ الْعَبْدُ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا بِالنِّصْفِ وَيُخَيَّرُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الشَّرِيكَيْنِ، إِنْ شَاءَ أَخَذَ النِّصْفَ بِنِصْفِ الثَّمَنِ، وَإِنْ شَاءَ نَقَضَ الْبَيْعَ. وَوَجْهُ الاسْتِخْرَاجِ أَنَّ تَصَرُّفَ الْفَاسِخِ أَقْوَى عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ مِنْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَنَّهُ لَمْ يُرَجَّحْ تَصَرُّفُ الْمَالِكِ كَمَا رَجَحَهُ مُحَمَّدٌ، فَلَمَّا لَمْ يُرَجَّحْ تَصَرُّفُ الْمَالِكِ ظَهَرَ أَنَّ ذَلِكَ فِي مَسْأَلَةِ بَيْعِ الْمُوَكَّلِ وَالْوَكِيلِ يَكُونُ الْعَبْدُ بَيْنَ الْمُشْتَرَيْنِ بِالنِّصْفِ، فَلَمَّا لَمْ يَثْبُتِ الرَّجْحَانُ هُنَاكَ لِتَصَرُّفِ الْمَالِكِ

لِمَالِكِيَّتِهِ وَالرُّجْحَانُ ثَابِتٌ هُنَا لِتَصَرُّفِ الْفَسْخِ فِي نَفْسِهِ لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّهُ وَارِدٌ عَلَى الْإِجَازَةِ لَا عَلَى الْعَكْسِ رَجَحْنَا بِحَالِ التَّصَرُّفِ وَهُوَ تَصَرُّفُ الْفَسْخِ لِأَنَّهُ لَا مُعَارِضَ لِهَذَا الرُّجْحَانِ بَعْدَ مُسَاوَاةِ تَصَرُّفِ الْمَالِكِ مَعَ تَصَرُّفِ غَيْرِ الْمَالِكِ فَقُلْنَا بِهِ، كَذَا فِي النَّهَائَةِ.

وَهُوَ كَلَامٌ لَا وَضُوحَ فِيهِ لِأَنَّ عَدَمَ رُجْحَانِ تَصَرُّفِ الْمَالِكِ لِمَالِكِيَّتِهِ هُنَا لَا يَسْتَلِزِمُ رُجْحَانِ الْفَسْخِ هُنَا وَلَا يَدُلُّ عَلَيْهِ، نَعَمْ هُوَ يَدُلُّ عَلَى تَرْجِيحِ الْفَسْخِ عَلَى الْإِجَازَةِ لَا عَلَى وَجْهِ الاستِخْرَاجِ، وَلَعَلَّ الْأَوْضَحَ فِي وَجْهِ ذَلِكَ أَنْ يُقَالَ: الْوَكِيلُ مِنَ الْمُوَكَّلِ هُنَاكَ بِمَنْزِلَةِ الْأَجْنَبِيِّ مِنَ الْعَاقِدِ هَاهُنَا فِي كَوْنِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَسْتَفِيدُ الْوِلَايَةَ مِنْ غَيْرِهِ فَيَتَرَجَّحُ تَصَرُّفُ الْعَاقِدِ مِنْ مُحَمَّدٍ كَتَرَجَّحِ تَصَرُّفُ الْمُوَكَّلِ مِنْهُ وَتُرِكَ تَرْجِيحُ تَصَرُّفِ الْمَالِكِ مِنْ أَبِي يُوسُفَ، وَاعْتَبَرَاهُمَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يُنْظَرُ إِلَى أَحْوَالِ الْمُتَصَرِّفِينَ لِتَسَاوِيهِمَا فِيهِ فَبَقِيَ النَّظَرُ فِي حَالِ التَّصَرُّفِ نَفْسِهِ، وَالْفَسْخُ أَقْوَى لَمَّا ذَكَرْنَا.

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ عَبْدَيْنِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ عَلَى أَنَّهُ بِالْخِيَارِ فِي أَحَدِهِمَا ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ، وَإِنْ بَاعَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِخَمْسِمِائَةٍ عَلَى أَنَّهُ بِالْخِيَارِ فِي أَحَدِهِمَا بِعَيْنِهِ جَازَ الْبَيْعُ) وَالْمَسْأَلَةُ عَلَى أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ: أَحَدُهَا أَنْ لَا يُفْصَلُ الثَّمَنُ وَلَا يُعَيَّنُ الَّذِي فِيهِ الْخِيَارُ وَهُوَ الْوَجْهُ الْأَوَّلُ فِي الْكِتَابِ وَفَسَادُهُ لِحَالَةِ الثَّمَنِ وَالْمَبِيعِ؛ لِأَنَّ الَّذِي فِيهِ الْخِيَارُ كَالْخَارِجِ عَنِ الْعَقْدِ، إِذَا الْعَقْدُ مَعَ الْخِيَارِ لَا يَنْعَقِدُ فِي حَقِّ الْحُكْمِ فَبَقِيَ الدَّخِلُ فِيهِ أَحَدُهُمَا وَهُوَ غَيْرُ مَعْلُومٍ. وَالْوَجْهُ الثَّانِي أَنْ يُفْصَلُ الثَّمَنُ وَيُعَيَّنَ الَّذِي فِيهِ الْخِيَارُ وَهُوَ الْمَذْكُورُ ثَانِيًا فِي الْكِتَابِ، وَإِنَّمَا جَازَ؛ لِأَنَّ الْمَبِيعَ مَعْلُومٌ وَالثَّمَنَ مَعْلُومٌ، وَقَبُولُ الْعَقْدِ فِي الَّذِي فِيهِ الْخِيَارُ وَإِنْ كَانَ شَرْطًا لِانْعِقَادِ الْعَقْدِ فِي الْآخَرِ وَلَكِنْ هَذَا غَيْرُ مُكْسِدٍ لِلْعَقْدِ لِكَوْنِهِ مُحَلًّا لِلْبَيْعِ كَمَا إِذَا جُمِعَ بَيْنَ قَيْنٍ وَمُدَبِّرٍ. وَالثَّلَاثُ أَنْ يُفْصَلُ وَلَا يُعَيَّنَ. وَالرَّابِعُ أَنْ يُعَيَّنَ وَلَا يُفْصَلُ، فَالْعَقْدُ فَاسِدٌ فِي الْوَجْهَيْنِ: إِمَّا لِحَالَةِ الْمَبِيعِ أَوْ لِحَالَةِ الثَّمَنِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ عَبْدَيْنِ بِأَلْفٍ) هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ لِأَنَّ فِيهَا تَفْصِيلَ الثَّمَنِ وَتُعَيَّنَ مَنْ فِيهِ الْخِيَارُ فِيمَا أَنْ لَا يَحْصُلَا أَوْ حَصَلَا جَمِيعًا، أَوْ حَصَلَ التَّفْصِيلُ دُونَ التَّعْيِينِ، أَوْ الْعَكْسُ مِنْ ذَلِكَ. فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ بَأَنْ بَاعَ عَبْدَيْنِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ عَلَى أَنَّهُ بِالْخِيَارِ فِي أَحَدِهِمَا ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَسَدَ الْبَيْعُ لِحَالَةِ الْمَبِيعِ وَالثَّمَنِ وَجَهَالَةِ أَحَدِهِمَا مُفْسِدَةٌ

فَجَهَاتُهُمَا أَوَّلَى، وَذَلِكَ لِأَنَّ الَّذِي فِيهِ الْخِيَارُ كَالخَارِجِ عَنِ الْعَقْدِ إِذَا الْعَقْدُ مَعَ الْخِيَارِ لَا يَنْعَقِدُ فِي حَقِّ الْحُكْمِ فَكَانَ الدَّخِلُ فِي الْعَقْدِ أَحَدُهُمَا وَهُوَ غَيْرُ مَعْلُومٍ وَمَا هُوَ كَذَلِكَ فَثَمَنُهُ مِثْلُهُ.

وَإِنْ كَانَ الثَّانِي وَهُوَ أَنْ يَبِيعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِخَمْسِمِائَةٍ عَلَى أَنَّهُ بِالْخِيَارِ فِي أَحَدِهِمَا بَعِيْنُهُ جَازَ الْبَيْعُ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْمَبِيعِ وَالْثَمَنِ مَعْلُومٌ، فَإِنْ قِيلَ: الْعَبْدُ الَّذِي فِيهِ الْخِيَارُ غَيْرُ دَاخِلٍ فِي الْحُكْمِ وَقَبُولُ الْعَقْدِ فِيهِ شَرْطٌ لَصِحَّةِ الْعَقْدِ الْآخِرِ وَهُوَ شَرْطُ مُفْسَدِ كَقَبُولِ الْحُرِّ فِي عَقْدِ الْقَنْ إِذَا جَمَعَ بَيْنَهُمَا فِي الْبَيْعِ.

أَجَابَ الْمُصَنِّفُ بِأَنَّ ذَلِكَ غَيْرُ مُفْسِدٍ لِلْعَقْدِ لَكُونَ مَنْ فِيهِ الْخِيَارُ مَحَلًّا لِلْبَيْعِ فَكَانَ دَاخِلًا فِي الْعَقْدِ وَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ فِي الْحُكْمِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا جَمَعَ بَيْنَ قَنْ وَمُدَبِّرٍ فِي الْبَيْعِ، فَإِنَّ الْمُدَبِّرَ مَحَلٌّ لِلْبَيْعِ فَلَمْ يَكُنْ شَرْطُ قَبُولِ الْعَقْدِ فِيهِ مُفْسِدًا لِلْعَقْدِ فِي الْآخِرِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا جَمَعَ بَيْنَ حُرٍّ وَقَنْ فَإِنَّ الْحُرَّ لَيْسَ بِمَحَلِّ الْبَيْعِ أَصْلًا فَلَمْ يَكُنْ دَاخِلًا فِي الْعَقْدِ وَلَا فِي الْحُكْمِ. وَلِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: فِي الْجُمْلَةِ هُوَ شَرْطٌ لَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ فَكَانَ مُفْسِدًا.

وَالْجَوَابُ أَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ نَفْعٌ لِأَحَدٍ الْعَاقِدَيْنِ وَلَا لِلْمَعْقُودِ عَلَيْهِ فَلَا يَكُونُ مُفْسِدًا. وَلَهُ لِمَطْنَةِ فَضْلٍ تَأْمُلُ مِنْكَ فَاحْظُ. وَإِنْ كَانَ الثَّالِثُ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ بَعْنَهُمَا بِأَلْفٍ، كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِخَمْسِمِائَةٍ عَلَى أَنِّي بِالْخِيَارِ فِي أَحَدِهِمَا فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ أَيْضًا لَجَهَالَةِ الْمَبِيعِ، وَإِنْ كَانَ الرَّابِعُ فَلَجَهَالَةِ الثَّمَنِ.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ عَدَمُ التَّفْصِيلِ مُفْسِدًا لِلْعَقْدِ فِي الْآخِرِ لَفَسَدَ فِي الْقَنْ إِذَا جَمَعَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمُدَبِّرِ أَوْ أُمِّ الْوَلَدِ وَلَمْ يُفْصَلِ الثَّمَنُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ عَدَمَ التَّفْصِيلِ مُفْسِدٌ إِذَا أَدَّى إِلَى الْبَيْعِ بِالْحِصَّةِ ابْتِدَاءً فِيمَا إِذَا مَنَعَ عَنْ انْعِقَادِ الْعَقْدِ فِي حَقِّ الْحُكْمِ مَانِعٌ كَشَرْطِ الْخِيَارِ فَإِنَّهُ يَجْعَلُ الْعَقْدَ فِيمَا شَرْطُ فِيهِ الْخِيَارُ فِي حَقِّ الْحُكْمِ كَالْمَعْدُومِ، فَلَوْ انْعَقَدَ فِي حَقِّ الْآخِرِ انْعَقَدَ بِالْحِصَّةِ ابْتِدَاءً وَهِيَ مَجْهُولَةٌ، وَلَيْسَ فِيمَا إِذَا جَمَعَ بَيْنَ الْقَنْ وَالْمُدَبِّرِ مَا يَمْنَعُ عَنْ انْعِقَادِهِ فِي حَقِّ الْحُكْمِ، وَلِهَذَا لَوْ قَضَى الْقَاضِي بِجَوَازِهِ نَفَذَ فَكَانَ قِسْمَةُ الثَّمَنِ فِي الْبَقَاءِ صِبَاةً لِحَقِّ مُحْتَرَمٍ عِنْدَ فُسْخِ الْعَقْدِ عَلَى الْمُدَبِّرِ وَأُمِّ الْوَلَدِ لَا ابْتِدَاءً بِالْحِصَّةِ.

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى ثَوْبَيْنِ عَلَى أَنْ يَأْخُذَ أَيُّهُمَا شَاءَ بِعَشْرَةٍ وَهُوَ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَهُوَ

جَائِزٌ، وَكَذَا الثَّلَاثَةُ، فَإِنْ كَانَتْ أَرْبَعَةً أَثَوَابٍ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ وَالْقِيَاسُ أَنْ يَفْسُدَ الْبَيْعُ فِي الْكُلِّ لَجَهَالَةِ الْمُبِيعِ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ وَالشَّافِعِيِّ. وَجَهُ الاستِحْسَانِ أَنْ شَرَعَ الْخِيَارَ لِلْحَاجَةِ إِلَى دَفْعِ الْغَبَنِ لِيَخْتَارَ مَا هُوَ الْأَرْفَقُ وَالْأَوْفَقُ، وَالْحَاجَةُ إِلَى هَذَا النَّوعِ مِنَ الْبَيْعِ مُتَحَقِّقَةٌ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى اخْتِيَارٍ مَنْ يَتَّقِي بِهِ أَوْ اخْتِيَارٍ مَنْ يَشْتَرِيهِ لِأَجَلِهِ، وَلَا يُمْكِنُ الْبَائِعُ مِنَ الْحَمَلِ إِلَيْهِ إِلَّا بِالْبَيْعِ فَكَانَ فِي مَعْنَى مَا وَرَدَ بِهِ الشَّرْعُ، غَيْرَ أَنَّ هَذِهِ الْحَاجَةَ تَتَدَفَعُ بِالثَّلَاثِ لَوْجُودِ الْجَبْدِ وَالْوَسَطِ وَالرَّدِيِّ فِيهَا، وَالْجَهَالَةُ لَا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ فِي الثَّلَاثَةِ لِتَعْيِينِ مَنْ لَهُ الْخِيَارُ، وَكَذَا فِي الْأَرْبَعِ، إِلَّا أَنَّ الْحَاجَةَ إِلَيْهَا غَيْرُ مُتَحَقِّقَةٍ وَالرُّخْصَةُ ثُبُوتُهَا بِالْحَاجَةِ وَكَوْنُ الْجَهَالَةِ غَيْرِ مُفْضِيَةٍ إِلَى الْمُنَازَعَةِ فَلَا تَثْبُتُ بِأَحَدِهِمَا. ثُمَّ قِيلَ: يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ فِي هَذَا الْعَقْدِ خِيَارُ الشَّرْطِ مَعَ خِيَارِ التَّعْيِينِ، وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ. (وقيل لا يُشْتَرَطُ وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْجَامِعِ الْكَبِيرِ)، فَيَكُونُ ذِكْرُهُ عَلَى هَذَا الْاِعْتِبَارِ وَفَاقًا لَا شَرْطًا؛ وَإِذَا لَمْ يَذْكُرْ خِيَارَ الشَّرْطِ لَا بُدَّ مِنْ تَوْقِيتِ خِيَارِ التَّعْيِينِ بِالثَّلَاثِ عِنْدَهُ وَبِمُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ أَيْتُهَا كَانَتْ عِنْدَهُمَا. ثُمَّ ذَكَرَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ اشْتَرَى ثَوْبَيْنِ وَفِي بَعْضِهَا اشْتَرَى أَحَدَ الثَّوْبَيْنِ وَهُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّ الْمُبِيعَ فِي الْحَقِيقَةِ أَحَدُهُمَا وَالْآخَرُ أَمَانَةٌ، وَالْأَوَّلُ تَجَوُّزٌ وَاسْتِعَارَةٌ. وَلَوْ هَلَكَ أَحَدُهُمَا أَوْ تَعَيَّبَ لَزِمَهُ الْبَيْعُ فِيهِ بِثَمَنِهِ وَتَعَيَّنَ الْآخَرُ لِلْأَمَانَةِ لَامْتِنَاعِ الرَّدِّ بِالتَّعْيِبِ، وَلَوْ هَلَكَ جَمِيعًا مَعَ يَلِزَمُهُ نِصْفُ ثَمَنِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِشُيُوعِ الْبَيْعِ وَالْأَمَانَةِ فِيهِمَا. وَلَوْ كَانَ فِيهِ خِيَارُ الشَّرْطِ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُمَا جَمِيعًا. وَلَوْ مَاتَ مَنْ لَهُ الْخِيَارُ فَلَوَارِثِهِ أَنْ يَرُدَّ أَحَدَهُمَا؛ لِأَنَّ الْبَاقِيَ خِيَارُ التَّعْيِينِ لِلَاخْتِلَاطِ، وَلِهَذَا لَا يَتَوَقَّفُ فِي حَقِّ الْوَارِثِ. وَأَمَّا خِيَارُ الشَّرْطِ لَا يُوْرَثُ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى ثَوْبَيْنِ عَلَى أَنْ يَأْخُذَ أُيُّهُمَا شَاءَ) وَمَنْ قَالَ اشْتَرَيْتُ أَحَدَ هَذَيْنِ الثَّوْبَيْنِ عَلَى أَنْ لِي أَنْ أَخُذَ أُيُّهُمَا شِئْتُ بِعَشْرَةِ دَرَاهِمٍ إِلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَالْبَيْعُ جَائِزٌ اسْتِحْسَانًا، وَكَذَا الْأَثَوَابُ الثَّلَاثَةُ، وَأَمَّا إِذَا كَانَتْ الْأَثَوَابُ أَرْبَعَةً فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ، وَالْقِيَاسُ أَنْ يَفْسُدَ الْبَيْعُ فِي الْاِثْنَيْنِ وَالثَّلَاثَةِ فَسَادُهُ فِي الْأَرْبَعَةِ لِأَنَّ الْمُبِيعَ أَحَدُ الْأَثَوَابِ غَيْرُ مُعَيَّنٍ فَهُوَ مَجْهُولٌ جَهَالَةُ مُفْضِيَةٍ إِلَى النَّزَاعِ لِتَفَاوُتِهَا فِي نَفْسِهَا، وَمَا كَانَ كَذَلِكَ فَهُوَ مُفْسِدٌ لِلْبَيْعِ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ.

وَجْهَ الاستِحْسَانِ أَنَّهُ فِي مَعْنَى مَا وَرَدَ فِيهِ الشَّرْعُ وَهُوَ خِيَارُ الشَّرْطِ فَجَارَ إلِخَاقًا بِهِ، وَيَبَيِّنُ ذَلِكَ أَنَّ شَرْعَ خِيَارِ الشَّرْطِ لِلْحَاجَةِ إِلَى دَفْعِ الْعَبَثِ لِيَخْتَارَ مَا هُوَ الْأَوْفَقُ لَهُ وَالْأَوْفَقُ وَالْحَاجَةُ إِلَى هَذَا النَّوعِ مِنَ الْبَيْعِ مُتَحَقِّقَةٌ، لِأَنَّهُ رُبَّمَا (يَحْتَاجُ إِلَى اخْتِيَارٍ مَنْ يَتَّقُ بِهِ) لِحَبْرَتِهِ أَوْ اخْتِيَارٍ مَنْ يَشْتَرِيهِ لِأَجْلِهِ كَأَمْرَاتِهِ وَبَيْتِهِ (وَالْبَائِعُ لَا يُمَكِّنُهُ مِنَ الْحَمْلِ إِلَيْهِ إِلَّا بِالْبَيْعِ) فَكَانَ بِاعْتِبَارِ الْحَاجَةِ (فِي مَعْنَى مَا وَرَدَ بِهِ الشَّرْعُ) وَلَا تُسَلِّمُ أَنَّ (الْجَهَالَهَ تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ) لِأَنَّهُ لَمَّا اشْتَرَطَ الْخِيَارَ لِنَفْسِهِ اسْتَيْدَّ بِالتَّعْيِينِ فَلَمْ يَتَّقِ لَهُ مُنَازَعَةً فَكَانَ عَلَهُ جَوَازُهُ مُرَكَّبَةٌ مِنَ الْحَاجَةِ وَعَدَمِ كَوْنِ الْجَهَالَهَ تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ، فَأَمَّا عَدَمُ الْمُنَازَعَةِ فَإِنَّهُ نَاقِضٌ بِاشْتِرَاطِ الْخِيَارِ لِنَفْسِهِ سَوَاءً كَانَتْ الْأَنْوَابُ ثَلَاثَةً أَوْ أَكْثَرَ، وَأَمَّا الْحَاجَةُ فَإِنَّمَا تَتَحَقَّقُ فِي الثَّلَاثَةِ لَوْجُودِ الْجَيِّدِ وَالْوَسْطِ وَالرَّدِيِّ فِيهِ، وَالزَّائِدُ يَقَعُ مُكْرَّرًا غَيْرَ مُحْتَاجٍ إِلَيْهِ فَاتَّقَى عَنْهُ جُزْءَ الْعِلَّةِ، وَالْحُكْمُ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِتَمَامِ عَلَيْهِ، وَاعْلَمْ أَنَّ مُحَمَّدًا رَحِمَهُ اللَّهُ ذَكَرَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَفِي الْمَأْذُونِ وَقَالَ وَهُوَ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ.

وَذَكَرَ فِي الْجَامِعِ الْكَبِيرِ وَسَكَتَ عَنْ ذَلِكَ. وَعَلَى ذَلِكَ اخْتَلَفَ الْمَشَايخُ فِيهِ؛ فَقَالَ أَكْثَرُهُمْ: لَا يَصِحُّ الْعَقْدُ مَا لَمْ يَشْتَرَطِ الْخِيَارَ لِنَفْسِهِ وَقَتًا مَعْلُومًا ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَمَا دُونَهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَزِيَادَةً عَلَى ذَلِكَ فِي قَوْلِهِمَا، وَهُوَ اخْتِيَارُ شَمْسِ الْأَيْمَةِ السَّرْحَسِيِّ. وَقَالَ بَعْضُهُمْ: يَصِحُّ الْعَقْدُ وَإِنْ لَمْ يَذْكُرِ الزِّيَادَةَ، وَذَكَرَهَا فِيمَا ذَكَرَ كَانَ اتِّفَاقًا لَا قَصْدًا وَهُوَ اخْتِيَارُ فَخْرِ الْإِسْلَامِ حُجَّةِ الْأَوَّلِينَ أَنَّ جَوَازَهُ بِطَرِيقِ الْإِلْحَاقِ بِمَوْضِعِ السُّنَّةِ فَلَا يَصِحُّ بِدُونِهِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ عَدَمَ انْفِكَارِ الْمُلْحَقِ عَنِ الْمُلْحَقِ بِهِ لَيْسَ بِشَرْطٍ فِي الْإِلْحَاقِ، كَمَا أَنَّ الْقَضَاءَ وَالْكَفَّارَةَ يَحْتَاجَانِ إِلَى الْأَكْلِ وَالشُّرْبِ عَامِدًا فِي رَمَضَانَ مِنْ جِمَاعٍ مَعَ أَنَّ النَّصَّ إِنَّمَا وَرَدَ بِهِ، وَحُجَّةُ الْآخِرِينَ أَنَّ خِيَارَ التَّعْيِينِ مِمَّا لَا يَتَوَقَّفُ فَلَا يَتَعَلَّقُ جَوَازُ الْعَقْدِ بِتَمَلُّكِ الزِّيَادَةِ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ الْعَقْدَ فِي خِيَارِ التَّعْيِينِ مَعَ خِيَارِ الشَّرْطِ لَا يَزِمُ فِي غَيْرِ عَيْنٍ مِنْ غَيْرِ تَوْقِيتٍ عَلَى الْأَيَّامِ الثَّلَاثَةِ.

وَأَمَّا إِذَا كَانَ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ خِيَارِ الشَّرْطِ فَلَا بُدَّ مِنْهُ، وَهَذَا لِأَنَّ الْحَالَ لَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَذْكُرَ خِيَارَ الشَّرْطِ مَعَ خِيَارِ التَّعْيِينِ أَوْ لَا، فَإِنْ لَمْ يَذْكُرْ فَلَا بُدَّ مِنْ تَوْقِيتِ خِيَارِ التَّعْيِينِ بِالثَّلَاثَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَبِمُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ أَيْ مُدَّةٍ كَانَتْ عِنْدَهُمَا كَمَا فِي الْمُلْحَقِ بِهِ.

فَإِنْ قِيلَ: يَتَّبِعِي أَنْ لَا يَحْجُوزَ خِيَارُ التَّعِينِ فِي الرَّائِدِ عَلَى الثَّلَاثَةِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ
لَأَنَّهُ أَخَذَ بِالْقِيَاسِ فِي قَوْلِهِ إِنْ لَمْ يَنْقُذِ الثَّمَنَ إِلَى أَرْبَعَةِ أَيَّامٍ فَلَا يَبْعُ بَيْنَهُمَا. أُجِيبَ بِأَنَّ
قَوْلَهُ إِنْ لَمْ يَنْقُذِ الثَّمَنَ إِلَى أَرْبَعَةِ أَيَّامٍ تَعْلِيْقٌ فَلَا يُلْحَقُ بِخِيَارِ الشَّرْطِ فَلَا يَكُونُ الْأَثَرُ
الْوَارِدُ فِي خِيَارِ الشَّرْطِ وَارِدًا فِيهِ، بِخِلَافِ خِيَارِ التَّعِينِ فَإِنَّهُ مِنْ جِنْسِ خِيَارِ الشَّرْطِ
لَأَنَّ فِي كُلِّ مِنْهُمَا خِيَارًا بَعِيرَ حَرْفِ التَّعْلِيْقِ، فَكَانَ الْأَثَرُ الْوَارِدُ فِي خِيَارِ الشَّرْطِ وَارِدًا
فِيهِ (وَلَوْ هَلَكَ أَحَدُهُمَا أَوْ تَعَيَّبَ لَزِمَ الْبَيْعُ فِيهِ بِثَمَنِهِ وَتَعَيَّنَ الْآخَرُ لِلْأَمَانَةِ) حَتَّى إِذَا هَلَكَ
الْآخَرُ بَعْدَ هَلَكَ الْأَوَّلِ أَوْ تَعَيَّبَ لَا يَلْزِمُ عَلَيْهِ مِنْ قِيَمَتِهِ شَيْءٌ، وَهَذَا لِأَنَّ الْمَعِيبَ مُمْتَنِعُ
الرَّدِّ لِأَنَّ رَدَّهُ إِنَّمَا يَكُونُ إِذَا لَمْ يَتَّعِنْ مَبِيعًا وَهُوَ فِي دَعْوَاهُ ذَلِكَ مُتَّهَمٌ فَكَانَ التَّعَيُّبُ
اخْتِيَارًا دَلَالَةً. فَإِنْ قِيلَ: قَبْضُ الْآخَرِ لَا يَكُونُ أَقْلُ مِنَ الْمَقْبُوضِ عَلَى سَوَمِ الشَّرَاءِ وَهَذَا
تَجِبُ الْقِيَمَةُ عِنْدَ الْهَلَاكِ، أُجِيبَ بِأَنَّهُ أَقْلُ مِنْ ذَلِكَ لِأَنَّ الْمَقْبُوضَ عَلَى سَوَمِ الشَّرَاءِ
مَقْبُوضٌ عَلَى جِهَةِ الْبَيْعِ، وَهَذَا لَيْسَ كَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْبُضْ الْآخَرَ لِيَشْتَرِيهِ وَقَدْ قَبَضَهُ
بِإِذْنِ الْمَالِكِ فَكَانَ أَمَانَةً. فَإِنْ قِيلَ: كَيْفَ انْعَكَسَ حُكْمُ الْمَسْأَلَةِ فِيمَا إِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ
إِحْدَى امْرَأَتَيْهِ أَوْ اغْتَقَى أَحَدَ عَبْدَيْهِ فَمَاتَتْ إِحْدَاهُمَا فَإِنَّ الْبَاقِيَةَ تَتَّعِنُ لِلطَّلَاقِ دُونَ
الْمَالِكَةِ، وَكَذَلِكَ فِي الْعَتَاقِ، وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا أَشْرَفَتْ عَلَى الْهَلَاكِ خَرَجَتْ عَنْ
مَحَلِّيَّةِ وَقُوعِ الطَّلَاقِ فَتَعَيَّنَتْ الْبَاقِيَةُ لَذَلِكَ، وَالتَّوْبُ إِذَا أَشْرَفَ عَلَيْهِ خَرَجَ عَنْ مَحَلِّيَّةِ
الرَّدِّ لِتَعَيُّبِهِ فَتَعَيَّنَ لَكُونِهِ مَبِيعًا، وَلَوْ هَلَكَ جَمِيعًا مَعَ لَزِمَهُ نِصْفُ ثَمَنِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا
لِعَدَمِ أَوْلَوِيَّةِ أَحَدِهِمَا لَكُونِهِ مَبِيعًا فَشَاعَ الْبَيْعُ وَالْأَمَانَةُ فِيهِمَا وَأَمَّا إِذَا ذَكَرَ خِيَارُ الشَّرْطِ،
فَيُثْبِتُ لَهُ خِيَارُ الشَّرْطِ، وَخِيَارُ التَّعِينِ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى الْأَيَّامِ فَلَهُ أَنْ يَرُدَّهُمَا بِخِيَارِ
الشَّرْطِ فِي الْأَيَّامِ الثَّلَاثَةِ لِأَنَّهُ أَمِينٌ فِي أَحَدِهِمَا فَيَرُدُّهُ بِحُكْمِ الْأَمَانَةِ، وَفِي الْآخَرِ مُشْتَرٍ
قَدْ شَرَطَ الْخِيَارَ لِنَفْسِهِ فَيَتِمَّكُنُ مِنْ رَدِّهِ، فَإِذَا مَضَتْ الْأَيَّامُ بَطَلَ خِيَارُ الشَّرْطِ فَلَا يَمْلِكُ
رَدَّهُمَا وَبَقِيَ لَهُ خِيَارُ التَّعِينِ فَيَرُدُّ أَحَدَهُمَا، وَإِنْ اخْتَارَ أَحَدَهُمَا لَزِمَهُ ثَمَنُهُ لِأَنَّهُ عَيْنُ
الْمَبِيعِ فِيهِ وَلَزِمَهُ وَكَانَ فِي الْآخَرِ أَمِينًا، فَإِنْ ضَاعَ عِنْدَهُ بَعْدَ ذَلِكَ لَمْ يَضْمَنْ.

وَلَوْ مَاتَ الْمُشْتَرِي فِي الْأَيَّامِ الثَّلَاثَةِ بَطَلَ خِيَارُ الشَّرْطِ، وَبَقِيَ لِلْوَارِثِ خِيَارُ
التَّعِينِ فَلَهُ أَنْ يَرُدَّ أَحَدَهُمَا، أَمَّا بِطُلَانِ خِيَارِ الشَّرْطِ فَلَمَّا تَقَدَّمَ مِنْ أَنَّهُ لَا يُوْرَثُ، وَأَمَّا
بَقَاءُ خِيَارِ التَّعِينِ فَلَا خِلَاطَ مِلْكِهِ بِمِلْكِ الْغَيْرِ.

فَإِنْ قِيلَ: هَلْ لِعُمُومِ قَوْلِهِ مَنْ لَهُ الْخِيَارُ فَائِدَةٌ؟ قُلْتُ: كَأَنَّهُ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ خِيَارَ التَّعْيِينِ قَدْ يَكُونُ لِلْبَائِعِ، فَإِنَّ الْكَرْخِيَّ ذَكَرَ فِي مُخْتَصَرِهِ أَنَّهُ يَجُوزُ اسْتِحْسَانًا. قَالُوا: وَإِلَيْهِ أَشَارَ مُحَمَّدٌ فِي الْمَأْدُونِ لِأَنَّ هَذَا يَنْبَغُ يَجُوزُ مَعَ خِيَارِ الْمُشْتَرِي فَيَجُوزُ مَعَ خِيَارِ الْبَيْعِ قِيَاسًا عَلَى خِيَارِ الشَّرْطِ، وَذَكَرَ فِي الْمَجَرَّدِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ هَذَا الْبَيْعَ مَعَ خِيَارِ الْمُشْتَرِي إِنَّمَا جُوزَ بِخِلَافِ الْقِيَاسِ بِاعْتِبَارِ الْحَاجَةِ إِلَى اخْتِيَارِ مَا هُوَ الْأَرْفَقُ بِحَضْرَةِ مَنْ يَقَعُ الشِّرَاءُ لَهُ، وَهَذَا الْمَعْنَى لَا يَتَأَتَّى فِي جَانِبِ الْبَائِعِ لِأَنَّهُ لَا حَاجَةَ لَهُ إِلَى اخْتِيَارِ الْأَرْفَقِ، إِذْ الْمَبِيعُ كَانَ مَعَهُ قَبْلَ الْبَيْعِ، فَيَرُدُّ جَانِبُ الْبَائِعِ إِلَى مُقْتَضَى الْقِيَاسِ، وَلَمْ يَذْكُرْهُ مُحَمَّدٌ لَا فِي يُنَوِّعُ الْأَصْلَ وَلَا فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ، وَتَبَيَّنَ مِمَّا ذَكَرْنَا أَنَّ الْمَبِيعَ أَحَدُ الثَّوْنَيْنِ وَالْآخَرُ أَمَانَةٌ، وَالتَّرَكِيبُ الدَّالُّ عَلَى ذَلِكَ حَقِيقَةٌ:

وَمَنْ اشْتَرَى أَحَدَ الثَّوْنَيْنِ، وَقَدْ اخْتَلَفَ نُسْخُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ كَمَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ، فِي بَعْضِهَا اشْتَرَى أَحَدَ الثَّوْنَيْنِ وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى مَعْدَرَةٍ، وَفِي بَعْضِهَا ثَوْنَيْنِ وَهُوَ مَجَازٌ، وَأَبْتَهَا فخرُ الإسلامِ وَقَالَ فِي وَجْهِ الْمَجَازِ إِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَمَّا احْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ مَبِيعًا قَالَ: اشْتَرَى ثَوْنَيْنِ وَقَالَ غَيْرُهُ هُوَ مِنْ بَابِ إِطْلَاقِ اسْمِ الْكُلِّ عَلَى الْبَعْضِ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿خَرَجَ مِنْهَا اللَّوْلُؤُ وَالْمَرْجَانُ﴾ [الرحمن: ٢٢] أَضَافَ الْخُرُوجَ إِلَيْهِمَا وَإِنْ كَانَ يَخْرُجُ مِنْ أَحَدِهِمَا.

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى دَارًا عَلَى أَنَّهُ بِالْخِيَارِ فَبِيعَتْ دَارٌ أُخْرَى بِجَنْبِهَا فَأَخَذَهَا بِالشُّفْعَةِ فَهُوَ رِضًا)؛ لِأَنَّ طَلَبَ الشُّفْعَةِ يَدُلُّ عَلَى اخْتِيَارِهِ الْمَلِكِ فِيهَا؛ لِأَنَّهُ مَا ثَبَتَ إِلَّا لِدَفْعِ ضَرَرِ الْجَوَارِ وَذَلِكَ بِالِاسْتِدَامَةِ فَيَتَضَمَّنُ ذَلِكَ سَقُوطَ الْخِيَارِ سَابِقًا عَلَيْهِ فَيَثْبُتُ الْمَلِكُ مِنْ وَقْتِ الشِّرَاءِ فَيَتَبَيَّنُ أَنَّ الْجَوَارَ كَانَ ثَابِتًا، وَهَذَا التَّقْرِيرُ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لِمَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ خَاصَّةً.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى دَارًا عَلَى أَنَّهُ بِالْخِيَارِ) رَجُلٌ اشْتَرَى دَارًا بِخِيَارِ الشَّرْطِ (فَبِيعَتْ دَارٌ أُخْرَى بِجَانِبِهَا فِي مَدَّةِ الْخِيَارِ فَأَخَذَهَا بِالشُّفْعَةِ فَذَلِكَ الْأَخْذُ رِضًا) يَسْقُطُ بِهِ الْخِيَارُ لِأَنَّهُ أَخَذَهُ بِطَلَبِ الشُّفْعَةِ وَطَلَبُهُ الشُّفْعَةُ دَلِيلٌ عَلَى اخْتِيَارِ الْمَلِكِ، لِأَنَّ طَلَبَ الشُّفْعَةِ لَا يَثْبُتُ إِلَّا لِدَفْعِ ضَرَرِ الْجَوَارِ، وَالْجَوَارُ يَثْبُتُ بِاسْتِدَامَةِ الْمَلِكِ، وَاسْتِدَامَةُ الْمَلِكِ تَقْتَضِي الْمَلِكَ وَلَا مَلِكَ مَعَ الْخِيَارِ فَيَسْقُطُ الْخِيَارُ، وَيَثْبُتُ الْمَلِكُ مِنْ وَقْتِ الشِّرَاءِ فَكَانَ الْجَوَارُ

ثَابِتًا عِنْدَ بَيْعِ الدَّارِ الثَّانِيَةِ وَهُوَ مُوجِبُ الشُّفْعَةِ، وَهَذَا التَّقْرِيرُ يُحْتَاجُ إِلَيْهِ لِمَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ خَاصَّةً لِأَنَّ خِيَارَ الْمُشْتَرِي يَمْنَعُ دُخُولَ الْمَبِيعِ فِي مِلْكِهِ وَلَا بُدَّ مِنْهُ لاسْتِحْقَاقِ الشُّفْعَةِ، وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَإِنَّ الْمَبِيعَ يَدْخُلُ فِي مِلْكِهِ فَيَجُوزُ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ بِالشُّفْعَةِ وَيَسْقُطَ بِذَلِكَ خِيَارُهُ، لِأَنَّ الشُّفْعَةَ لِدَفْعِ ضَرَرِ الْجَارِ الدَّخِيلِ وَالْإِنْسَانُ لَا يَدْفَعُ ضَرَرَ الْجَارِ فِي دَارٍ يُرِيدُ رَدَّهَا. قَالَ شَمْسُ الْأُيُتَمَةِ: أَمَّا وَجُوبُ الشُّفْعَةِ لِلْمُشْتَرِي فَوَاضِحٌ عَلَى مَذْهَبِهِمَا لِأَنَّهُ مَالِكٌ لِلدَّارِ الْمَبِيعَةِ، وَأَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فَلَأَنَّهُ صَارَ أَحَقَّ بِالتَّصَرُّفِ فِيهَا وَذَلِكَ يَكْفِيهِ لاسْتِحْقَاقِ الشُّفْعَةِ بِهَا كَالْمَأْذُونِ الْمُسْتَعْرِقِ بِالذَّيْنِ وَالْمُكَاتَّبِ إِذَا بَيْعَتْ دَارٌ بِحَنْبِ دَارِهِمَا فَإِنَّهُمَا يَسْتَحِقُّانِ الشُّفْعَةَ وَإِنْ لَمْ يَمْلِكَا رَقَبَةَ دَارِهِمَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ لِأَنَّ الْمُشْتَرِي لَمْ يَصِرْ أَحَقَّ بِالتَّصَرُّفِ فِيهَا.

وَلَوْ اشْتَرَى دَارًا لَمْ يَرَهَا فَبِيعَتْ بِجَنْبِهَا دَارٌ أُخْرَى فَأَخَذَ بِالشُّفْعَةِ لَمْ يَسْقُطْ خِيَارُ الرُّوِيَةِ لِأَنَّهُ لَمْ يَسْقُطْ بِصَرِيحِ الْإِسْقَاطِ بِدُونِ الرُّوِيَةِ فَكَذَا بِدَلَالَتِهِ وَسَيَاتِي.

قَالَ (وَإِذَا اشْتَرَى الرَّجُلَانِ عَبْدًا عَلَى أَنَّهُمَا بِالْخِيَارِ فَرَضِي أَحَدُهُمَا فَلَيْسَ لِلْآخَرِ أَنْ يَرُدَّهُ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ خِيَارُ الْعَيْبِ وَخِيَارُ الرُّوِيَةِ، لُهُمَا أَنْ إِثْبَاتِ الْخِيَارِ لُهُمَا إِثْبَاتُهُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَلَا يَسْقُطُ بِإِسْقَاطِ صَاحِبِهِ لَمَّا فِيهِ مِنْ إِبْطَالِ حَقِّهِ.

وَلَهُ أَنْ الْمَبِيعَ خَرَجَ عَنْ مِلْكِهِ غَيْرَ مَعْيِبٍ بِعَيْبِ الشَّرِكَةِ، فَلَوْ رَدَّهُ أَحَدُهُمَا رَدَّهُ مَعْيِبًا بِهِ وَفِيهِ الْإِزَامُ ضَرَرٍ زَائِدٍ، وَلَيْسَ مِنْ ضَرُورَةِ إِثْبَاتِ الْخِيَارِ لُهُمَا الرِّضَا بِرَدِّ أَحَدِهِمَا لِتَصَوُّرِ اجْتِمَاعِهِمَا عَلَى الرَّدِّ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا اشْتَرَى الرَّجُلَانِ عَبْدًا عَلَى أَنَّهُمَا بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَرَضِي أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ فَلَيْسَ لِلْآخَرِ أَنْ يَرُدَّهُ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَقَالَا: لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ) وَكَذَا إِذَا اشْتَرَيَاهُ وَرَضِي أَحَدُهُمَا بِعَيْبٍ فِيهِ، وَكَذَا لَوْ اشْتَرَيَاهُ وَلَمْ يَرَيَاهُ ثُمَّ رَأَيَاهُ (لَهُمَا أَنْ إِثْبَاتِ الْخِيَارِ لُهُمَا إِثْبَاتُ الْخِيَارِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا) وَكُلُّ مَا هُوَ ثَابِتٌ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَا يَسْقُطُ بِإِسْقَاطِ صَاحِبِهِ لَمَّا فِيهِ مِنْ إِبْطَالِ حَقِّهِ. وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّ إِثْبَاتِ الْخِيَارِ لُهُمَا إِثْبَاتٌ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ وَكَّلَ وَكِيلَيْنِ أَثْبَتَ الْوَكَالَةَ لُهُمَا وَلَيْسَ

لأَحَدِهِمَا أَنْ يَتَصَرَّفَ دُونَ الْآخَرِ. وَلَهُ أَنْ الْمَبِيعَ خَرَجَ عَنْ مِلْكِهِ غَيْرَ مَعِيبٍ بِعَيْبِ الشَّرِكَةِ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ فِي الْأَعْيَانِ الْمُجْتَمِعَةِ غَيْبٌ فَإِنَّ الْبَائِعَ قَبْلَ الْبَيْعِ كَانَ مُتَمَكِّنًا مِنَ الْإِثْفَاعِ مَتَى شَاءَ، وَبَعْدَهُ إِذَا رَدَّ الْبَعْضُ لَا يَتِمَكَّنُ إِلَّا مُهَيَّأَةً، وَالْخِيَارُ يَثْبُتُ نَظَرًا لِمَنْ هُوَ لَهُ عَلَى وَجْهِ لَا يَلْحَقُ الضَّرَرُ مِنْهُ بِغَيْرِهِ، وَإِنَّمَا قَيَّدَ الضَّرَرَ بِالزَّائِدِ لِأَنَّ فِي امْتِنَاعِ الرَّدِّ ضَرَرًا أَيْضًا لِلرَّادِّ، لَكِنْ لَمَّا لَمْ يَكُنْ مِنَ الْغَيْرِ بَلْ لِعَجْزِهِ عَنْ إِيجَادِ شَرْطِ الرَّدِّ كَانَ دُونَ الْأَوَّلِ، فَإِنَّ الضَّرَرَ الْحَاصِلَ مِنَ الْغَيْرِ أَقْطَعَ وَأَفْجَعَ مِنَ الْحَاصِلِ مِنْ نَفْسِهِ.

فَإِنْ قِيلَ: يَبْعُهُ مِنْهُمَا رِضًا مِنْهُ لَعَيْبِ التَّبْعِيضِ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ إِنْ سَلِمَ فَهُوَ رِضًا بِهِ فِي مِلْكِهِمَا لَا فِي مِلْكِ نَفْسِهِ. فَإِنْ قِيلَ: حَصَلَ الْعَيْبُ فِي يَدِ الْبَائِعِ بِفِعْلِهِ لِأَنَّ تَفَرُّقَ الْمِلْكِ إِنَّمَا هُوَ بِالْعَقْدِ قَبْلَ الْقَبْضِ قُلْنَا: بَلْ حَصَلَ بِفِعْلِ الْمُشْتَرِي بَرْدٌ نَصْفِهِ، وَالْمُشْتَرِي إِذَا عَيْبَ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ فِي يَدِ الْبَائِعِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ بِحُكْمِ خِيَارِهِ، لَكِنْ هَذَا الْعَيْبُ بَعَرَضِ الزَّوَالِ لِمُسَاعَدَةِ الْآخَرِ عَلَى الرَّدِّ إِذَا امْتَنَعَ ظَهَرَ عَمَلُهُ (قَوْلُهُ وَلَيْسَ مِنْ ضَرُورَةِ إِبْثَاتِ الْخِيَارِ) جَوَابٌ لَهُمَا.

وَيَقْرِيهِ أَنْ إِبْثَاتِ الْخِيَارِ لَهُمَا لَيْسَ عَيْنَ الرِّضَا بَرْدٌ أَحَدِهِمَا وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَلَا الرِّضَا بَرْدٌ أَحَدِهِمَا لِأَنَّهُ مِنْ لَوَازِمِ إِبْثَاتِ الْخِيَارِ لَهُمَا لِتَصَوُّرِ الْإِنْكَكَارِ بِتَصَوُّرِ اجْتِمَاعِهِمَا عَلَى الرَّدِّ، فَلَا يَلْزَمُ مِنْ إِبْثَاتِ الْخِيَارِ لَهُمَا الرِّضَا بَرْدٌ أَحَدِهِمَا.

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا عَلَى أَنَّهُ خَبَّازٌ أَوْ كَاتِبٌ وَكَانَ بِخِلَافِهِ فَالْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ)؛ لِأَنَّ هَذَا وَصَفَ مَرْغُوبٍ فِيهِ فَيُسْتَحَقُّ فِي الْعَقْدِ بِالشَّرْطِ، ثُمَّ هَوَاتُهُ يُوجِبُ التَّخْيِيرَ؛ لِأَنَّهُ مَا رَضِيَ بِهِ دُونَهُ، وَهَذَا يَرْجِعُ إِلَى اخْتِلَافِ النُّوعِ لِقِلَّةِ التَّفَاوُتِ فِي الْأَغْرَاضِ، فَلَا يَفْسُدُ الْعَقْدُ بَعْدَمِهِ بِمَنْزِلَةِ وَصَفِ الذُّكُورَةِ وَالْأُنُوثَةِ فِي الْحَيَوَانَاتِ وَصَارَ كَقَوَاتِ وَصَفِ السَّلَامَةِ، وَإِذَا أَخَذَهُ أَخَذَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ؛ لِأَنَّ الْأَوْصَافَ لَا يُقَابِلُهَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ لِكَوْنِهَا تَابِعَةً فِي الْعَقْدِ عَلَى مَا عُرِفَ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا عَلَى أَنَّهُ خَبَّازٌ أَوْ كَاتِبٌ) رَجُلٌ اشْتَرَى عَبْدًا عَلَى أَنَّهُ خَبَّازٌ أَوْ كَاتِبٌ فَكَانَ بِخِلَافِهِ بَأَنَّ لَمْ يَعْلَمْ مِنَ الْخُبْرِ وَالْكِتَابَةِ مَا يُسَمَّى بِهِ الْفَاعِلُ خَبَّازًا أَوْ كَاتِبًا فَهُوَ بِالْخِيَارِ يَتَنَزَّلُ أَخَذَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ وَيَتَنَزَّلُ إِذَا لَمْ يَمْتَنِعِ الرَّدُّ بِسَبَبٍ مِنْ

الأسباب، فَإِنْ امْتَنَعَ بِذَلِكَ رَجَعَ الْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ بِحَصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ يُقَوِّمُ الْعَبْدُ كَاتِبًا أَوْ خَبَرًا عَلَى أَدْنَى مَا يُطْلَقُ عَلَيْهِ الْأَسْمُ إِذْ هُوَ الْمُسْتَحَقُّ بِمُطْلَقِ الشَّرْطِ لَا النَّهْيَةِ فِي ذَلِكَ كَمَا فِي وَصْفِ السَّلَامَةِ الْمُسْتَحَقُّ بِمُطْلَقِ الْعَقْدِ وَيُقَوِّمُ غَيْرُ كَاتِبٍ وَخَبَرٍ فَيَنْظُرُ إِلَى تَفَاوُتِ مَا بَيْنَهُمَا فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ بِذَلِكَ، أَمَّا رَدُّهُ فَلَأَنَّ هَذَا الْوَصْفَ وَصَفٌ مَرْغُوبٌ فِيهِ وَهُوَ احْتِرَازٌ عَمَّا لَيْسَ بِمَرْغُوبٍ فِيهِ كَمَا إِذَا بَاعَ عَلَى اللَّهِ أَغُورًا فَإِذَا هُوَ سَلِيمٌ فَإِنَّهُ لَا يُوجِبُ الْخِيَارَ، وَكُلُّ مَا هُوَ وَصَفٌ مَرْغُوبٌ فِيهِ يُسْتَحَقُّ فِي الْعَقْدِ بِالشَّرْطِ لِأَنَّهُ لِرُجُوعِهِ إِلَى صِفَةِ الثَّمَنِ أَوْ الثَّمَنِ كَانَ مُلَاقِمًا لِلْعَقْدِ، أَلَا تَرَى أَنَّ لَوْ كَانَ مَوْجُودًا فِي الْمَبِيعِ لَدَخَلَ فِي الْعَقْدِ بِلَا ذِكْرٍ فَلَا يَكُونُ مُفْسِدًا لَهُ، وَتَوْقُضَ بِمَا إِذَا بَاعَ شَاةً عَلَى أَنَّهَا حَامِلٌ أَوْ عَلَى أَنَّهَا تَحْلُبُ كَذَا فَإِنَّ الْبَيْعَ فِيهِ وَفِي أَمثَالِهِ فَاسِدٌ وَالْوَصْفُ مَرْغُوبٌ فِيهِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِوَصْفٍ بَلْ اشْتَرَا طُ مِقْدَارٍ مِنَ الْمَبِيعِ مَجْهُولٌ وَضَمَّ الْمَعْلُومَ إِلَى الْمَجْهُولِ يُصِيرُ الْكُلَّ مَجْهُولًا، وَلِهَذَا لَوْ شَرَطَ أَنَّهَا حَلُوبٌ أَوْ لَبُونٌ لَا يَفْسُدُ لَكُونُهُ وَصْفًا مَرْغُوبًا فِيهِ ذِكْرُهُ الطَّحَاوِيُّ، سَلَمَتَاهُ لَكِنَّهُ مَجْهُولٌ لَيْسَ فِي وَسْعِ الْبَائِعِ تَحْصِيلُهُ وَلَا إِلَى مَعْرِفَتِهِ سَبِيلٌ، بِخِلَافِ مَا تَحْنُ فِيهِ فَإِنَّ لَهُ أَنْ يَأْمُرَهُ بِالْخَبْرِ وَالْكِتَابَةِ فَيُظْهِرُ حَالَهُ، وَأَمَّا انْتِفَاحُ الْبَطْنِ فَقَدْ يَكُونُ مِنْ رِيحٍ، وَعَلَى تَقْدِيرِ كُونِهِ وَلَذَا لَا نَعْلَمُ حَيَاتُهُ وَمَوْتَهُ وَلَا سَبِيلَ إِلَى مَعْرِفَتِهِ، وَإِذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَقَوَّاهُ يُوجِبُ التَّخْيِيرَ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَّ مَا رَضِيَ بِالْمَبِيعِ دُونَ ذَلِكَ الْوَصْفِ فَيَتَخَيَّرُ وَلَا يَفْسُدُ الْعَقْدُ لِأَنَّ هَذَا الْاِخْتِلَافَ أَيْ الَّذِي يَكُونُ مِنْ حَيْثُ فَوَاتُ الْوَصْفِ الْمَرْغُوبِ فِيهِ هُنَا رَاجِعٌ إِلَى اخْتِلَافِ التَّنَوُّعِ لِقَلَّةِ التَّفَاوُتِ فِي الْأَغْرَاضِ فَلَا يَفْسُدُ الْعَقْدُ بَعْدَ ذَلِكَ الْوَصْفِ.

كَمَا إِذَا اشْتَرَى شَاةً عَلَى أَنَّهَا نَعْجَةٌ فَإِذَا هِيَ حَمَلٌ فَصَارَ الْأَصْلُ أَنَّ الْاِخْتِلَافَ الْحَاصِلَ بِالْوَصْفِ إِنْ كَانَ مِمَّا يُوجِبُ التَّفَاوُتَ الْفَاحِشَ فِي الْأَغْرَاضِ كَانَ رَاجِعًا إِلَى الْجَنْسِ، كَمَا إِذَا بَاعَ عَبْدًا فَإِذَا هِيَ جَارِيَةٌ وَيَفْسُدُ بِهِ الْعَقْدُ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يُوجِبُهُ كَانَ رَاجِعًا إِلَى التَّنَوُّعِ كَمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْمِثَالِ فَلَا يَفْسُدُهُ، لَكِنَّهُ يُوجِبُ التَّخْيِيرَ لِفَوَاتِ وَصْفِ السَّلَامَةِ، وَأَمَّا أَخْذُهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ فَلَأَنَّ الْأَوْصَافَ لَا يُقَابِلُهَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ لَكُونِهَا تَابِعَةً فِي الْعَقْدِ تَدْخُلُ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ عَلَى مَا عُرِفَ فِيمَا تَقَدَّمَ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ خِيَارِ الرُّؤْيَةِ

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى شَيْئًا لَمْ يَرَهُ فَالْبَيْعُ جَائِزٌ، وَلَهُ الْخِيَارُ إِذَا رَأَاهُ، إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ) بِجَمِيعِ الثَّمَنِ (وَإِنْ شَاءَ رَدَّهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَصِحُّ الْعَقْدُ أَصْلًا؛ لِأَنَّ الْمَبِيعَ مَجْهُولٌ. وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ اشْتَرَى شَيْئًا لَمْ يَرَهُ فَلَهُ الْخِيَارُ إِذَا رَأَاهُ»^(١)؛ وَلِأَنَّ الْجَهَالَتَ بَعْدَ الرُّؤْيَةِ لَا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ، لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يُوَافِقْهُ يَرُدُّهُ، فَصَارَ كَجَهَالَتِ الْوَصْفِ فِي الْمَعَانِ الْمَشَارِإِ إِلَيْهِ.

الشرح:

(بَابُ خِيَارِ الرُّؤْيَةِ): قَدَّمَ خِيَارَ الرُّؤْيَةِ عَلَى خِيَارِ الْعَيْبِ لَكَوْنِهِ أَقْوَى مِنْهُ، إِذْ كَانَ تَأْثِيرُهُ فِي مَنَعَ تَمَامِ الْبَيْعِ وَتَأْثِيرُ خِيَارِ الْعَيْبِ فِي مَنَعَ لُزُومِ الْحُكْمِ، قَالَ الْقُدُورِيُّ: مَنْ اشْتَرَى شَيْئًا لَمْ يَرَهُ فَالْبَيْعُ جَائِزٌ، مَعْنَاهُ أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ لغيرِهِ بَعْتُكَ الثَّوبَ الَّذِي فِي كُمِّي هَذَا وَصِفَتُهُ كَذَا أَوْ الذَّرَّةَ الَّتِي فِي كُمِّي هَذِهِ وَصِفَتُهَا كَذَا أَوْ لَمْ يَذْكُرِ الصِّفَةَ أَوْ يَقُولَ بَعْتُ مِنْكَ هَذِهِ الْجَارِيَةَ الْمُتَتَبِّعَةَ فَإِنَّهُ جَائِزٌ عِنْدَنَا، وَلَهُ الْخِيَارُ إِذَا رَأَاهُ، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ لَا يَجُوزُ وَكَذَا الْعَيْبُ الْغَائِبُ الْمَشَارُإُ إِلَى مَكَانِهِ وَلَيْسَ فِي ذَلِكَ الْمَكَانِ بِذَلِكَ الْاسْمِ غَيْرُ مَا سَمِيَ وَالْمَكَانُ مَعْلُومٌ بِاسْمِهِ وَالْعَيْنُ مَعْلُومَةٌ. قَالَ صَاحِبُ الْأَسْرَارِ: لِأَنَّ كَلَامَنَا فِي عَيْنٍ هُوَ بِحَالٍ لَوْ كَانَتْ الرُّؤْيَةُ حَاصِلَةً لَكَانَ الْبَيْعُ جَائِزًا: أَيْ بِالْإِجْمَاعِ.

قَالَ الشَّافِعِيُّ: الْمَبِيعُ مَجْهُولٌ وَالْمَجْهُولُ لَا يَصِحُّ بَيْعُهُ كَالْبَيْعِ بِالرَّقْمِ (وَلَنَا قَوْلُهُ ﷺ «مَنْ اشْتَرَى شَيْئًا لَمْ يَرَهُ فَلَهُ الْخِيَارُ إِذَا رَأَاهُ») وَهُوَ نَصٌّ فِي الْبَابِ فَلَا يُتْرَكُ بِلَا مُعَارَضٍ، فَإِنْ قِيلَ: هُوَ مُعَارَضٌ بِحَدِيثِ حَكِيمِ بْنِ حَزَامٍ وَهُوَ أَنَّهُ قَالَ: قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا تَبِيعَ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ» وَالْمُرَادُ مَا لَيْسَ بِمَرْتَبِي لِلْمُشْتَرِي لِإِجْمَاعِنَا عَلَى أَنَّ الْمُشْتَرِي إِذَا كَانَ قَدْ رَأَاهُ فَالْعَقْدُ جَائِزٌ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ حَاضِرًا عِنْدَ الْعَقْدِ.

قُلْنَا: بَلِ الْمُرَادُ التَّهْيُ عَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ فِي مِلْكِهِ بِدَلِيلِ قِصَّةِ الْحَدِيثِ، فَإِنَّ «حَكِيمَ بْنَ حَزَامٍ» قَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ الرَّجُلَ يَطْلُبُ مِنِّي سِلْعَةً لَيْسَتْ عِنْدِي فَأَبِيعُهَا مِنْهُ ثُمَّ أَدْخُلُ السُّوقَ فَأَسْتَجِدُّهَا فَأَشْتَرِبُهَا فَأَسْلُمُهَا إِلَيْهِ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: لَا تَبِيعَ مَا لَيْسَ

عندك»^(١) وَقَدْ أَجْمَعْنَا عَلَى أَنَّهُ لَوْ بَاعَ عَيْنًا مَرِيئًا لَمْ يَمْلِكْهُ ثُمَّ مَلَكَهُ فَلَمْ يَجُزْ؟ وَذَلِكَ دَلِيلٌ وَاضِحٌ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ مَا لَيْسَ فِي مِلْكِهِ، وَالْمَقُولُ وَهُوَ أَنَّ الْجَهَالََةَ بَعْدَ الرُّؤْيَةِ لَا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ مَعَ وُجُودِ الْخِيَارِ، فَإِنَّهُ إِذَا لَمْ يُوَافَقْهُ رَدُّهُ وَلَا نِزَاعٌ ثَمَّةَ يَقْتَضِي خِيَارَهُ، وَإِنَّمَا أَفْضَتْ إِلَيْهَا لَوْ قُلْنَا بِإِبْرَامِ الْعَقْدِ وَلَمْ يَقُلْ بِهِ فَصَارَ ذَلِكَ كَجَهَالََةِ الْوَصْفِ فِي الْمَعَانِي الْمَشَارِ إِلَيْهِ بِأَنَّهُ اشْتَرَى ثَوْبًا مُشَارًا إِلَيْهِ غَيْرَ مَعْلُومٍ عَدَدُ ذُرْعَانِهِ فَإِنَّهُ يَجُوزُ لَكُونِهِ مَعْلُومٌ الْعَيْنِ، وَإِنْ كَانَ ثَمَّةَ جَهَالََةٍ لَكُونِهَا لَا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ، وَعُورِضَ بِأَنَّ الْبَيْعَ نَوْعَانِ: بَيْعٌ عَيْنٍ، وَبَيْعٌ دَيْنٍ، وَطَرِيقُ الْمَعْرِفَةِ فِي الثَّانِي هُوَ الْوَصْفُ وَفِي الْأَوَّلِ الْمُشَاهَدَةُ، ثُمَّ مَا هُوَ طَرِيقٌ إِلَى الثَّانِي إِذَا تَرَاخَى عَنْ حَالَةِ الْعَقْدِ فَسَدَ الْعَقْدُ، وَكَذَلِكَ مَا هُوَ طَرِيقٌ إِلَى الْأَوَّلِ وَهُوَ الْمُشَاهَدَةُ إِذَا تَرَاخَى فَسَدَ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْمُعَارَضَةَ سَاقِطَةٌ لِأَنَّ السَّلْمَ إِنَّمَا لَا يَجُوزُ عِنْدَ تَرْكِ الْوَصْفِ لِإِفْضَاءِ الْجَهَالََةِ إِلَى الْمُنَازَعَةِ وَمَا نَحْنُ فِيهِ لَيْسَ كَذَلِكَ

(وَكَذَا إِذَا قَالَ رَضِيْتُ ثُمَّ رَأَاهُ أَنْ يَرُدَّهُ) لِأَنَّ الْخِيَارَ مُعْلَقٌ بِالرُّؤْيَةِ لَمَّا رَوَيْنَا فَلَا يَثْبُتُ قَبْلُهَا، وَحَقُّ الْفَسْخِ قَبْلَ الرُّؤْيَةِ بِحُكْمِ أَنَّهُ عَقْدٌ غَيْرُ لَازِمٍ لَا يَمُقْتَضَى الْحَدِيثُ، وَلِأَنَّ الرِّضَا بِالشَّيْءِ قَبْلَ الْعِلْمِ بِأَوْصَافِهِ لَا يَتَحَقَّقُ فَلَا يُعْتَبَرُ قَوْلُهُ رَضِيْتُ قَبْلَ الرُّؤْيَةِ بِخِلَافِ قَوْلِهِ رَدَدْتُ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَكَذَا إِذَا قَالَ) تَفْرِيعٌ عَلَى مَسْأَلَةِ الْقُدُورِيِّ: يَعْنِي كَمَا أَنَّ لَهُ الْخِيَارَ إِذَا لَمْ يَقُلْ رَضِيْتُ فَكَذَا إِذَا قَالَ ذَلِكَ وَلَمْ يَرَهُ ثُمَّ رَأَاهُ، لِأَنَّ الْخِيَارَ مُعْلَقٌ بِالرُّؤْيَةِ بِالْحَدِيثِ الَّذِي رَوَيْنَاهُ وَالْمُعْلَقُ بِالشَّيْءِ لَا يَثْبُتُ قَبْلَهُ لِفَلَا يَلْزَمُ وُجُودُ الْمَشْرُوطِ بِدُونِ الشَّرْطِ، وَلِأَنَّهُ لَوْ لَزِمَ الْعَقْدُ بِالرِّضَا قَبْلَ الرُّؤْيَةِ لَزِمَ امْتِنَاعُ الْخِيَارِ عِنْدَهَا، وَهُوَ ثَابِتٌ بِالنَّصِّ عِنْدَهَا فَمَا أَدَّى إِلَى إِبْطَالِهِ فَهُوَ بَاطِلٌ (قَوْلُهُ وَحَقُّ الْفَسْخِ) جَوَابُ سُؤَالِ تَقْرِيرِهِ: لَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ الْخِيَارُ قَبْلَ الرُّؤْيَةِ لَمَّا كَانَ لَهُ حَقُّ الْفَسْخِ قَبْلَ الرُّؤْيَةِ لِأَنَّهُ مِنْ نَتَائِجِ ثُبُوتِ الْخِيَارِ لَهُ كَالْقَبُولِ فَكَانَ مُعْلَقًا بِهَا فَلَا يُوجَدُ قَبْلَهَا.

وَتَقْرِيرُ الْجَوَابِ أَنَّ حَقَّ الْفَسْخِ بِحُكْمِ أَنَّهُ عَقْدٌ غَيْرُ لَازِمٍ لِأَنَّهُ لَمْ يَقَعْ مُتَبَرِّمًا

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٠٣)، والترمذي (١٢٣٢)، والنسائي (٤٢٩٩).

فَجَازَ فَسَخُهُ لَوْهَاءَ فِيهِ، أَلَا تَرَى أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْعَاقِدَيْنِ فِي عَقْدِ الْوَدِيعَةِ وَالْعَارِيَةِ وَالْوَكَالَةِ يَمْلِكُ الْفَسْخَ بِاعْتِبَارِ عَدَمِ لُزُومِ الْعَقْدِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ خِيَارٌ لَا شَرْطًا وَلَا شَرْعًا، بِخِلَافِ الرِّضَا فَإِنَّهُ ثَابِتٌ بِمُقْتَضَى الْحَدِيثِ فَلَا يَجُوزُ إِثْبَاتُهُ عَلَى وَجْهِ يُوَدِّي إِلَى بَطْلَانِهِ كَمَا مَرَّ آنفًا، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ عَدَمَ لُزُومِ هَذَا الْعَقْدِ بِاعْتِبَارِ الْخِيَارِ فَهُوَ مَلْزُومٌ لِلْخِيَارِ وَالْخِيَارُ مُعْلَقٌ بِالرُّؤْيَةِ لَا يُوجَدُ بِدُونِهَا فَكَذَا مَلْزُومُهُ لِأَنَّ مَا هُوَ شَرْطُ الْإِجَارَةِ فَهُوَ شَرْطٌ لِلْمَلْزُومِ (قَوْلُهُ وَلِأَنَّ الرِّضَا بِالشَّيْءِ) جَوَابُ سَوْأَلٍ آخَرَ، وَتَحْقِيقُهُ أَنَّ الْإِمْضَاءَ لِلرِّضَا وَالرِّضَا بِالشَّيْءِ (لَا يَتَحَقَّقُ قَبْلَ الْعِلْمِ بِأَوْصَافِهِ) لِأَنَّ الرِّضَا اسْتِحْسَانُ الشَّيْءِ وَاسْتِحْسَانُ مَا لَمْ يُعْلَمْ مَا يُحْسِنُهُ غَيْرُ مُتَصَوِّرٍ. وَأَمَّا الْفَسْخُ فَإِنَّمَا هُوَ لِعَدَمِ الرِّضَا، وَهُوَ لَا يَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ الْمُحْسِنَاتِ.

لَا يُقَالُ: عَدَمُ الرِّضَا لاسْتِقْبَاحِ الشَّيْءِ وَاسْتِقْبَاحُ مَا لَمْ يُعْلَمْ مَا يُقْبَحُهُ غَيْرُ مُتَصَوِّرٍ، لِأَنَّ عَدَمَ الرِّضَا قَدْ يَكُونُ بِاعْتِبَارِ مَا بَدَأَ لَهُ مِنْ انْتِفَاءِ احْتِيَاجِهِ إِلَى الْمَبِيعِ أَوْ ضَيَاعِ ثَمَنِهِ أَوْ اسْتِعْلَائِهِ فَلَا يَلْزَمُ الْاسْتِقْبَاحُ. ذَكَرَ فِي التُّحْفَةِ أَنَّ جَوَازَ الْفَسْخِ قَبْلَ الرُّؤْيَةِ لَا رَوَايَةَ فِيهِ، وَلَكِنَّ الْمَشَايخِ اخْتَلَفُوا؛ فَقَالَ بَعْضُهُمْ: لَا يَصِحُّ قِيَاسًا عَلَى الْإِجَارَةِ، وَقَالَ بَعْضُهُمْ: يَصِحُّ دُونَ الْإِجَارَةِ وَهُوَ مُخْتَارُ الْمُصَنِّفِ.

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ مَا لَمْ يَرَهُ فَلَا خِيَارَ لَهُ) وَكَانَ أَبُو حَنِيفَةَ يَقُولُ: أَوَّلًا لَهُ الْخِيَارُ اعْتِبَارًا بِخِيَارِ الْعَيْبِ وَخِيَارِ الشَّرْطِ وَهَذَا؛ لِأَنَّ لُزُومَ الْعَقْدِ بِتَمَامِ الرِّضَا زَوَالًا وَثُبُوتًا وَلَا يَتَحَقَّقُ ذَلِكَ إِلَّا بِالْعِلْمِ بِأَوْصَافِ الْمَبِيعِ، وَذَلِكَ بِالرُّؤْيَةِ فَلَمْ يَكُنِ الْبَائِعُ رَاضِيًا بِالزَّوَالِ. وَوَجْهُ الْقَوْلِ الْمَرْجُوعِ إِلَيْهِ أَنَّهُ مُعْلَقٌ بِالشَّرَاءِ لِمَا رَوَيْنَا فَلَا يَثْبُتُ دُونَهُ. وَرَوِيَ أَنَّ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ بَاعَ أَرْضًا لَهُ بِالْبَصْرَةِ مِنْ طَلْحَةَ بْنِ عُبَيْدِ اللَّهِ فَقِيلَ لَطَلْحَةَ: إِنَّكَ قَدْ غُبِنْتَ، فَقَالَ: لِي الْخِيَارُ؛ لِأَنِّي اشْتَرَيْتُ مَا لَمْ أَرَهُ. وَقِيلَ لِعُثْمَانَ: إِنَّكَ قَدْ غُبِنْتَ، فَقَالَ: لِي الْخِيَارُ؛ لِأَنِّي بَعْتُ مَا لَمْ أَرَهُ. فَحَكَّمَا بَيْنَهُمَا جُبَيْرُ بْنُ مُطْعِمٍ. فَقَضَى بِالْخِيَارِ لَطَلْحَةَ، وَكَانَ ذَلِكَ بِمَحْضَرٍ مِنَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ مَا لَمْ يَرَهُ) مَنْ وَرِثَ شَيْئًا فَبَاعَهُ قَبْلَ الرُّؤْيَةِ صَحَّ الْبَيْعُ وَلَا خِيَارَ لَهُ عِنْدَنَا. وَكَانَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَقُولُ أَوَّلًا: لَهُ الْخِيَارُ اعْتِبَارًا بِخِيَارِ الْعَيْبِ فَإِنَّهُ لَا

يَخْتَصُّ بِجَانِبِ الْمُشْتَرِي، بَلْ إِذَا وَجَدَ الْبَائِعُ الثَّمَنَ زَيْفًا فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ جَوْرُهُ وَإِنْ شَاءَ رَدُّهُ كَالْمُشْتَرِي وَإِذَا وَجَدَ الْمَبِيعَ مَعِيًّا، لَكِنَّ الْعَقْدَ لَا يَنْفَسِخُ بِرَدِّ الثَّمَنِ وَيَنْفَسِخُ بِرَدِّ الْمَبِيعِ لِأَنَّهُ أَصْلُ دُونِ الثَّمَنِ، وَبِخِيَارِ الشَّرْطِ فَإِنَّهُ يَصِحُّ مِنَ الْجَانِبَيْنِ كَمَا تَقَدَّمَ (وَهَذَا) أَيْ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ إِنَّمَا هُوَ بِاعْتِبَارِ (أَنْ لَزُومَ الْعَقْدِ بِتَمَامِ الرِّضَا زَوَالًا) أَيْ مِنْ جِهَةِ الْبَائِعِ (وَكُتُوبًا) أَيْ مِنْ جِهَةِ الْمُشْتَرِي (وَتَمَامُ الرِّضَا لَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا بِالْعِلْمِ بِأَوْصَافِ الْمَبِيعِ وَذَلِكَ بِالرُّوْيَةِ) فَإِنَّ بِالرُّوْيَةِ يَحْصُلُ بِالاطِّلَاعِ عَلَى دَقَائِقِ لَا تَحْصُلُ بِالْعِبَارَةِ (فَلَمْ يَكُنْ الْبَائِعُ رَاضِيًا بِالزُّوَالِ) فَيَكُونُ الْعَقْدُ غَيْرَ لَازِمٍ مِنْ جِهَتِهِ فَلَهُ الْفَسْخُ.

(وَجَهَ الْقَوْلِ الْمَرْجُوعُ إِلَيْهِ أَنَّهُ مُعَلَّقٌ بِالشَّرَاءِ فَلَا يَثْبُتُ دُونَهُ) كَمَا تَقَدَّمَ. فَإِنْ قِيلَ: الْبَائِعُ مِثْلُ الْمُشْتَرِي فِي الْاِحْتِيَاجِ لِتَمَامِ الرِّضَا فَيُلْحَقُ بِهِ دَلَالَةً. أُجِيبَ بِأَنَّهُمَا لَيْسَا بِسَبَبَيْنِ فِيهِ، لِأَنَّ الرَّدَّ مِنْ جَانِبِ الْمُشْتَرِي بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ كَانَ يَطْلُهُ خَيْرًا مِمَّا اشْتَرَى فَرَدُّهُ لِفَوَاتِ الْوَصْفِ الْمَرْغُوبِ فِيهِ، وَالْبَائِعُ لَوْ رَدَّ لَرَدَّهُ بِاعْتِبَارِ أَنَّ الْمَبِيعَ أَزِيدَ مِمَّا ظَنَّ فَصَارَ كَمَا لَوْ بَاعَ عَبْدًا بِشَرْطِ أَنَّهُ مَعِيبٌ فَإِذَا هُوَ صَحِيحٌ لَمْ يَثْبُتْ لِلْبَائِعِ خِيَارٌ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ فِي مَعْنَاهُ لَا يُلْحَقُ بِهِ، قِيلَ الْمُعَلَّقُ بِالشَّرْطِ يُوجَدُ قَبْلَ وَجُودِ الشَّرْطِ بِسَبَبٍ آخَرَ وَهَاهُنَا وَجَدَ الْقِيَاسُ عَلَى الْمُشْتَرِي وَالْخِيَارَيْنِ فَلْيَجْزُ مِنَ الْبَائِعِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ ثَابِتٌ بِالنَّصِّ غَيْرُ مَعْقُولٍ الْمَعْنَى فَلَا يَجُوزُ فِيهِ الْقِيَاسُ، سَلِمَتْهُ لَكِنَّ الْقِيَاسَ عَلَى مُخَالَفَةِ الْإِجْمَاعِ بَاطِلٌ، وَتَحْكِيمُ جُبَيْرِ بْنِ عُثْمَانَ وَطَلْحَةَ كَانَ بِمَحْضَرِ مِنَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أَجْمَعِينَ وَلَمْ يُنْكِرْهُ أَحَدٌ فَكَانَ إِجْمَاعًا عَلَى مَا ذَكَرَ فِي الْمَثْنِ فَبَطَلَ الْإِلْحَاقُ دَلَالَةً وَقِيَاسًا، وَلِهَذَا رَجَعَ أَبُو حَنِيفَةَ حِينَ بَلَغَهُ الْحَدِيثُ.

ثُمَّ خِيَارُ الرُّوْيَةِ غَيْرُ مُؤَقَّتٍ بَلْ يَبْقَى إِلَى أَنْ يُوْجَدَ مَا يُبْطِلُهُ، وَمَا يُبْطِلُ خِيَارَ الشَّرْطِ مِنْ تَعْيِيبٍ أَوْ تَصَرُّفٍ يُبْطِلُ خِيَارَ الرُّوْيَةِ، ثُمَّ إِنْ كَانَ تَصَرُّفًا لَا يُمْكِنُ رَفْعُهُ كَالْإِعْتِاقِ وَالتَّدْبِيرِ أَوْ تَصَرُّفًا يُوجِبُ حَقًّا لِلْغَيْرِ كَالْبَيْعِ الْمُطْلَقِ وَالرَّهْنِ وَالْإِجَارَةِ يُبْطِلُهُ قَبْلَ الرُّوْيَةِ وَبَعْدَهَا؛ لِأَنَّهُ لَمَّا لَزِمَ تَعَذُّرُ الْفَسْخِ فَبَطَلَ الْخِيَارُ وَإِنْ كَانَ تَصَرُّفًا لَا يُوجِبُ حَقًّا لِلْغَيْرِ كَالْبَيْعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ، وَالْمَسَاوِمَةِ وَالْهَبَةِ مِنْ غَيْرِ تَسْلِيمٍ لَا يُبْطِلُهُ قَبْلَ الرُّوْيَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَرْبُو عَلَى صَرِيحِ الرِّضَا وَيُبْطِلُهُ بَعْدَ الرُّوْيَةِ لَوْجُودِ دَلَالَةِ الرِّضَا.

الشرح:

قَالَ (ثُمَّ خِيَارُ الرُّوْيَةِ غَيْرُ مُوقَّتٍ) قِيلَ خِيَارُ الرُّوْيَةِ يُوقَّتُ بِوَقْتِ إِمْكَانِ الْفَسْخِ بَعْدَ الرُّوْيَةِ، حَتَّى لَوْ وَقَعَ بَصَرُهُ عَلَيْهِ وَلَمْ يَفْسَخْ سَقَطَ حَقُّهُ لِأَنَّهُ خِيَارٌ تَعْلَقُ بِالْإِطْلَاعِ عَلَى حَالِ الْمَبِيعِ فَأَشْبَهَ الرَّدَّ بِالْعَيْبِ. وَالْأَصَحُّ عِنْدَنَا أَنَّهُ بَاقٍ مَا لَمْ يُوجَدْ مَا يُبْطِلُهُ لِأَنَّهُ ثَبَتَ حُكْمًا لِإِعْدَامِ الرِّضَا فَيَبْقَى إِلَى أَنْ يُوجَدْ مَا يُبْطِلُ عَدَمَ الرِّضَا، ثُمَّ مَا يُبْطِلُ خِيَارَ الشَّرْطِ مِنْ تَعْيِبٍ أَوْ تَصَرُّفٍ يُبْطِلُ خِيَارَ الرُّوْيَةِ.

وَلَمْ يَذْكُرْ مَا يُبْطِلُ خِيَارَ الشَّرْطِ فِي بَابِهِ. وَالضَّابِطُ فِي ذَلِكَ أَنَّ الْمُشْتَرِيَ بِالْخِيَارِ إِذَا فَعَلَ فِي الْمَبِيعِ مَا يُمْتَحَنُ بِهِ مَرَّةً وَيَحِلُّ فِي غَيْرِ الْمَلِكِ بِحَالٍ لَا يَكُونُ ذَلِكَ دَلِيلَ الْإِخْتِيَارِ، وَإِلَّا لَبَطَلَتْ فَائِدَةُ الْخِيَارِ لِأَنَّهَا إِمْكَانُ الرَّدِّ عِنْدَ عَدَمِ الْمُوَافَقَةِ بَعْدَ الْامْتِحَانِ، فَإِنَّ لَزِمَهُ الْبَيْعُ بِفِعْلٍ مَا يُمْتَحَنُ بِهِ أَوَّلَ مَرَّةٍ فَاتَتْ فَائِدَةُ الْخِيَارِ. وَيُعْلَمُ مِنْ هَذَا أَنَّهُ إِذَا فَعَلَ مَا لَا يُمْتَحَنُ بِهِ أَوْ يُمْتَحَنُ بِهِ لَكِنَّهُ لَا يَحِلُّ فِي غَيْرِ الْمَلِكِ بِحَالٍ أَوْ يُمْتَحَنُ بِهِ وَيَحِلُّ فِي غَيْرِ الْمَلِكِ لَكِنْ فَعَلَهُ مَرَّةً ثَانِيَةً كَانَ دَلِيلَ الْإِخْتِيَارِ، فَعَلَى هَذَا إِذَا اشْتَرَى جَارِيَةً لِلْخِدْمَةِ بِالْخِيَارِ فَاسْتَخْدَمَهَا مَرَّةً لَمْ يُبْطِلْ خِيَارَهُ لِأَنَّهُ مِمَّا يُمْتَحَنُ بِهِ وَيَحِلُّ فِي غَيْرِ الْمَلِكِ فِي الْجُمْلَةِ، فَلَوْ اسْتَخْدَمَهَا مَرَّةً ثَانِيَةً فِي ذَلِكَ التَّوْنِ مِنَ الْخِدْمَةِ كَانَ اخْتِيَارًا لِلْمَلِكِ لَعَدَمِ الْحَاجَةِ إِلَيْهَا وَلِحُصُولِ الْامْتِحَانِ بِالْأَوَّلَى، وَلَوْ وَطَّئَهَا بَطَلْ خِيَارُهُ لِأَنَّهُ وَإِنْ كَانَ مِمَّا يُمْتَحَنُ بِهِ لِأَنَّ صَلَاحَهَا لِلوْطْءِ قَدْ لَا يُعْلَمُ بِالنَّظَرِ، لَكِنْ لَا يَحِلُّ الْوْطْءُ فِي غَيْرِ الْمَلِكِ فَكَانَ اخْتِيَارًا لَهُ. قِيلَ: يُشْكِلُ عَلَى هَذَا الْكَلْمِ مَسْأَلَتَانِ: إِحْدَاهُمَا: أَنَّهُ لَوْ اشْتَرَى دَارًا لَمْ يَرَهَا فَبِيعَتْ بِجَنْبِهَا دَارًا فَأَخَذَهَا بِالشُّفْعَةِ لَمْ يُبْطِلْ خِيَارَ الرُّوْيَةِ فِي ظَاهِرِ الرُّوَايَةِ وَبَطَلْ خِيَارَ الشَّرْطِ. وَالثَّانِيَةُ إِذَا عَرَضَ الْمَبِيعَ بِشَرْطِ الْخِيَارِ عَلَى الْبَيْعِ بَطَلْ خِيَارَ الشَّرْطِ وَلَا يُبْطِلُ خِيَارَ الرُّوْيَةِ.

وَالْمَسْأَلَتَانِ فِي فِتَاوَى قَاضِي خَانَ. وَأُجِيبَ بَأَنَّ الْأَصْلَ فِيهِمَا هُوَ أَنَّ خِيَارَ الرُّوْيَةِ لَا يُبْطِلُ بَصَرِيحَ الرِّضَا قَبْلَ الرُّوْيَةِ لَمَّا ذَكَرْنَا فَلَا يُبْطِلُ بِدَلِيلِ الرِّضَا بِالطَّرِيقِ الْأَوَّلَى لِأَنَّهُ دُونُهُ. ثُمَّ الْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ وَالْعَرَضُ عَلَى الْبَيْعِ دَلِيلُ الرِّضَا فَلِذَلِكَ لَا يَعْمَلَانِ فِي إِبْطَالِ خِيَارِ الرُّوْيَةِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِدَافِعٍ. وَالْحَقُّ أَنَّ الْإِشْكَالَ لَيْسَ بِوَارِدٍ لِأَنَّهُ قَالَ: وَمَا يُبْطِلُ خِيَارَ الشَّرْطِ مِنْ تَعْيِبٍ أَوْ تَصَرُّفٍ يُبْطِلُ خِيَارَ الرُّوْيَةِ، وَهُوَ لَيْسَ بِكُلِّيٍّ مُطْلَقٍ بَلْ

مُقَيَّدٌ بِأَنْ يَكُونَ تَعْيِيًّا أَوْ تَصَرُّفًا: يَعْنِي فِي الْمَبِيعِ، وَالْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ وَالْعَرْضُ عَلَى الْبَيْعِ لَيْسَا مِنْهُمَا فَلَا يَكُونَانِ وَارِدَيْنِ. ثُمَّ التَّصَرُّفُ الَّذِي يُبْطِلُ خِيَارَ الرُّوْيَةِ عَلَى ضَرْبَيْنِ: تَصَرُّفٌ يُبْطِلُهُ قَبْلَ الرُّوْيَةِ وَبَعْدَهَا، وَتَصَرُّفٌ لَا يُبْطِلُهُ قَبْلَ الرُّوْيَةِ وَيُبْطِلُهُ بَعْدَهَا.

فَأَمَّا الْأَوَّلُ فَهُوَ الَّذِي لَا يُمَكِّنُ رَفْعُهُ كَالِإِعْتَاقِ وَالتَّذْبِيرِ، أَوْ الَّذِي يُوجِبُ حَقًّا لِلْغَيْرِ كَالْبَيْعِ الْمَطْلُوقِ عَنْ خِيَارِ الشَّرْطِ، وَالبَيْعِ بِخِيَارِ الشَّرْطِ لِلْمُشْتَرِي وَالرَّهْنِ وَالِإِجَارَةِ، وَهَذَا لِأَنَّ هَذَا التَّصَرُّفَ يَعْتَمِدُ الْمِلْكُ وَمِلْكُ الْمُتَصَرِّفِ فِي الْعَيْنِ قَائِمٌ فَصَادَفَ الْمَحَلَّ وَتَفَدَّ وَبَعْدَ نَفُوذِهِ لَا يَقْبَلُ الْفَسْخُ وَالرَّفْعُ فَتَعَذَّرَ الْفَسْخُ وَبَطَلَ الْخِيَارُ ضَرُورَةً، وَكَذَلِكَ تَعَلَّقَ حَقُّ الْغَيْرِ مَانِعٌ مِنَ الْفَسْخِ فَيُبْطِلُ الْخِيَارَ، حَتَّى لَوْ افْتَكَّ الرَّهْنُ أَوْ مَصَتْ مُدَّةُ الْإِجَارَةِ أَوْ رَدَّ الْمُشْتَرَى عَلَيْهِ بِخِيَارِ الشَّرْطِ ثُمَّ رَأَاهُ لَا يَكُونُ لَهُ الرُّدُّ. وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا مَا قِيلَ إِنَّ بُطْلَانَ الْخِيَارِ قَبْلَ الرُّوْيَةِ مُخَالَفٌ لِحُكْمِ النَّصِّ الَّذِي رَوَيْنَاهُ. وَالثَّانِي أَنَّ هَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ إِمَّا أَنْ تُكُونَ صَرِيحَ الرِّضَا أَوْ دَلَالَتُهُ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَا يُبْطِلُ الْخِيَارَ قَبْلَ الرُّوْيَةِ فَكَيْفَ أَبْطَلْتُهُ؟ وَأُجِيبَ عَنْ الْأَوَّلِ بِأَنَّ ذَاكَ فِيمَا أُمِكنَ الْعَمَلُ بِحُكْمِ النَّصِّ، وَهَذِهِ التَّصَرُّفَاتُ لَصُدُورِهَا عَنْ أَهْلِهَا مُضَافَةً إِلَى مَحَلِّهَا انْعَقَدَتْ صَحِيحَةً، وَبَعْدَ صِحَّتِهَا لَا يُمَكِّنُ رَفْعُهَا فَيَسْقُطُ الْخِيَارُ ضَرُورَةً.

وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ دَلَالََةَ الرِّضَا لَا تَرْتَبُو عَلَى صَرِيحِهِ إِذَا لَمْ تُكُنْ مِنْ ضَرُورَاتِ صَرِيحٍ آخَرَ، وَهَاهُنَا هَذِهِ الدَّلَالَةُ مِنْ ضَرُورَةِ صِحَّةِ التَّصَرُّفَاتِ الْمَذْكُورَةِ وَالْقَوْلُ بِصِحَّتِهَا مَعَ انْتِفَاءِ اللَّازِمِ مُحَالٌ. وَأَمَّا الثَّانِي فَهُوَ الَّذِي لَا يُوجِبُ حَقًّا لِلْغَيْرِ كَالْبَيْعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ لِنَفْسِهِ وَالْمُسَاوَمَةِ وَالْهَبَةِ مِنْ غَيْرِ تَسْلِيمٍ لَا يُبْطِلُ الْخِيَارَ قَبْلَ الرُّوْيَةِ لِأَنَّهُ لَا يَرْتَبُو عَلَى صَرِيحِ الرِّضَا: أَيْ لَا يَزِيدُ عَلَيْهِ، وَصَرِيحُ الرِّضَا لَا يُبْطِلُهُ قَبْلَ الرُّوْيَةِ فَدَلَالَتُهُ أُولَى: يَعْنِي إِذَا لَمْ يَكُنْ مِنْ ضَرُورَاتِ الْغَيْرِ وَيُبْطِلُهُ بَعْدَهَا لَوْجُودِ الدَّلَالَةِ مَعَ عَدَمِ الْمَانِعِ

(قَالَ: وَمَنْ نَظَرَ إِلَى وَجْهِ الصَّبْرَةِ، أَوْ إِلَى ظَاهِرِ الثُّوبِ مَطْوِيًّا أَوْ إِلَى وَجْهِ الْجَارِيَةِ أَوْ إِلَى وَجْهِ الدَّابَّةِ وَكَفَلَهَا فَلَا خِيَارَ لَهُ) وَالْأَصْلُ فِي هَذَا أَنَّ رُويَةَ جَمِيعِ الْمَبِيعِ غَيْرُ مَشْرُوطٍ لَتَعَذُّرِهِ فَيَكْتَفِي بِرُويَةِ مَا يَدُلُّ عَلَى الْعِلْمِ بِالْمَقْصُودِ. وَلَوْ دَخَلَ فِي الْبَيْعِ أَشْيَاءُ فَإِنْ كَانَ لَا تَتَفَاوَتْ أَحَادُهَا كَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ، وَعَلَامَتُهُ أَنْ يَعْرِضَ بِالنَّمُودَجِ يَكْتَفِي بِرُويَةِ وَاحِدٍ مِنْهَا إِلَّا إِذَا كَانَ الْبَاقِي أَرَادَ مِمَّا رَأَى فَحِينَئِذٍ يَكُونُ لَهُ الْخِيَارُ. وَإِنْ كَانَ

تَقَاوَتْ أَحَادُهَا كَالثِّيَابِ وَالِدَوَابِّ لَا بُدَّ مِنْ رُؤْيَةٍ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا، وَالْجَوْزُ وَالْبَيْضُ مِنْ هَذَا الْقَبِيلِ فِيمَا ذَكَرَهُ الْكَرْخِيُّ، وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مِثْلَ الْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ لَكُونِهَا مُتَقَارِبَةً. إِذَا ثَبَتَ هَذَا فَتَقُولُ: النَّظَرُ إِلَى وَجْهِ الصُّبْرَةِ كَافٍ؛ لِأَنَّهُ يَعْرِفُ وَصْفَ الْبَقِيَّةِ؛ لِأَنَّهُ مَكِيلٌ يُعْرَضُ بِالنَّمُودَجِ، وَكَذَا النَّظَرُ إِلَى ظَاهِرِ الثُّوبِ مِمَّا يَعْلَمُ بِهِ الْبَقِيَّةُ إِلَّا إِذَا كَانَ فِي طَيْهِ مَا يَكُونُ مَقْصُودًا كَمَوْضِعِ الْعِلْمِ، وَالْوَجْهُ هُوَ الْمَقْصُودُ فِي الْإِدْمِي، وَهُوَ وَالْكَفْلُ فِي الدَّوَابِّ فَيُعْتَبَرُ رُؤْيَا الْمَقْصُودِ وَلَا يُعْتَبَرُ رُؤْيَا غَيْرِهِ. وَشَرَطَ بَعْضُهُمْ رُؤْيَا الْقَوَائِمِ. وَالْأَوَّلُ هُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَفِي شَاةِ اللَّحْمِ لَا بُدَّ مِنَ الْجَسِّ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ وَهُوَ اللَّحْمُ يَعْرِفُ بِهِ. وَفِي شَاةِ الْقَنْيَةِ لَا بُدَّ مِنْ رُؤْيَا الضَّرْعِ. وَفِيمَا يُطْعَمُ لَا بُدَّ مِنَ الدُّوقِ لِأَنَّ ذَلِكَ هُوَ الْمَعْرُفُ لِلْمَقْصُودِ.

الشرح:

(قَالَ وَمَنْ نَظَرَ إِلَى وَجْهِ الصُّبْرَةِ) اعْلَمْ أَنَّ الْمَبِيعَ إِمَّا أَنْ يَكُونَ شَيْئًا وَاحِدًا أَوْ أَشْيَاءَ مُتَعَدِّدَةً، وَالثَّانِي إِمَّا أَنْ يَكُونَ مُتَقَاوِتَ الْآحَادِ أَوْ لَا، فَذَلِكَ أَفْسَامُ ثَلَاثَةٍ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَلَيْسَ رُؤْيَا الْجَمِيعِ شَرَطًا لِبُطْلَانِ خِيَارِ الرُّؤْيَةِ، لِأَنَّ رُؤْيَا الْجَمِيعِ قَدْ تَكُونُ مُتَعَدِّدَةً كَمَا إِذَا كَانَ عَبْدًا أَوْ جَارِيَةً فَإِنَّ فِي رُؤْيَا جَمِيعِ بَدَنِيهِمَا رُؤْيَا عَوْرَتَيْهِمَا، وَذَلِكَ فِي الْعَبْدِ لَا يَجُوزُ أَصْلًا فَسُخِ الْعَقْدُ أَوْ لَمْ يُفْسَخْ، وَفِي الْأَمَةِ لَوْ فَسُخِ الْعَقْدُ بِخِيَارِ الرُّؤْيَةِ بَعْدَ رُؤْيَا عَوْرَتَيْهَا كَانَ النَّظَرُ فِي عَوْرَتَيْهَا وَاقِعًا فِي غَيْرِ الْمَلِكِ لِأَنَّ الْعَقْدَ ارْتَفَعَ بِالْفُسْخِ مِنْ أَصْلِهِ فَصَارَ كَأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ فَكَانَ النَّظَرُ الْوَاقِعُ حَرَامًا، وَكَذَا إِذَا كَانَ الْمَبِيعُ ثَوْبًا مَطْوًيًا فَإِنَّ الْبَائِعَ يَتَضَرَّرُ بِالْكَسَارِ ثَوْبَهُ بِالطَّيِّ وَالنَّشْرِ فَيُكْتَفَى بِرُؤْيَا مَا يَدُلُّ عَلَى الْعِلْمِ بِالْمَقْصُودِ عَلَى حَسَبِ اخْتِلَافِ الْمَقَاصِدِ.

وَإِنْ كَانَ الثَّانِي كَالثِّيَابِ وَالِدَوَابِّ وَالْبَيْضِ وَالْجَوْزِ فِيمَا ذَكَرَهُ الْكَرْخِيُّ فَلَا بُدَّ مِنْ رُؤْيَا كُلِّ وَاحِدٍ، لِأَنَّ رُؤْيَا الْبَعْضِ لَا تُعَرِّفُ الْبَاقِيَ لِتَقَاوُتِ فِي آحَادِهِ. وَإِنْ كَانَ الثَّلَاثُ كَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ وَالْعَدَدِيِّ الْمُتَقَارِبِ وَالْجَوْزِ وَالْبَيْضِ عَلَى مَا مَالَ إِلَيْهِ الْمُصَنِّفُ يُكْتَفَى بِرُؤْيَا وَاحِدٍ مِنْهُمَا، لِأَنَّ بِرُؤْيَا الْبَعْضِ يُعَرِّفُ الْبَاقِيَ لَعَدَمِ التَّقَاوُتِ، وَعِلَامَةُ عَدَمِ التَّقَاوُتِ أَنْ يُعْرَضَ بِالنَّمُودَجِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْبَاقِيَ أَرْدَا مِنْهَا، فَعَلَى هَذَا إِذَا نَظَرَ إِلَى وَجْهِ الصُّبْرَةِ بَطَلَ الْخِيَارُ لِأَنَّهُ يَعْرِفُ الْبَاقِيَ لِأَنَّهُ مَكِيلٌ يُعْرَضُ بِالنَّمُودَجِ وَالنَّظَرُ إِلَى ظَاهِرِ

الثوب مطوياً مما يُعرفُ البقيّة إلا أن يكونَ في طيّهِ ما كانَ مقصوداً كموضع العلم) وإذا نظرَ إلى وجهِ الآدميِّ بطلَ الخيارُ لأنَّهُ هوَ المقصودُ بهِ في العبدِ والأمةِ وسائرِ الأعضاءِ تبعاً له، ألا ترى أن تفاوتَ القيمةِ بتفاوتِ الوجهِ مع التساوي في سائرِ الأعضاءِ، وإذا نظرَ إلى الوجهِ أو الكفلِ في الدابةِ بطلَ الخيارُ لأنَّهُما مقصودانِ في الدوابِّ.

هذا هوَ المرويُّ عن أبي يوسفَ رحمه الله. وشرطَ بعضهم رؤيةَ القوائمِ لأنَّها مقصودةٌ في الدوابِّ، فإن كانَ المكيلُ والموزونُ والعَدديُّ المتقاربُ في وعاءينِ فَرَأَاهَا فِي أَحَدِهِمَا فَإِنْ كَانَ مَا فِي الْآخَرِ مِثْلَ مَا رَأَى أَوْ فَوْقَهُ بَطَلَ الْخِيَارُ، وَإِنْ كَانَ دُونَهُ فَهُوَ عَلَى الْخِيَارِ، لَكِنْ إِذَا رَدَّ رَدَّ الْكُلِّ لثَلَا تَتَفَرَّقُ الصَّفَقَةُ، وَإِذَا اشْتَرَى شَاءَ فِيمَا أَنْ تَكُونَ لِلْحِمِّ أَوْ لِلْفَنِيَةِ أَيْ الدَّرِّ وَالنَّسْلِ، فَفِي الْأَوَّلِ لَا بُدَّ مِنَ الْجَسِّ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ إِثْمًا يُعْرَفُ بِهِ، وَفِي الثَّانِي لَا بُدَّ مِنْ رُؤْيَةِ الضَّرْعِ، وَفِي الْمَطْعُمَاتِ لَا بُدَّ مِنَ الذَّوْقِ لِأَنَّهُ الْمَعْرُوفُ لِلْمَقْصُودِ.

(قَالَ وَإِنْ رَأَى صَحْنَ الدَّارِ فَلَا خِيَارَ لَهُ وَإِنْ لَمْ يُشَاهِدْ بَيُوتَهَا) وَكَذَلِكَ إِذَا رَأَى خَارِجَ الدَّارِ أَوْ رَأَى أَشْجَارَ الْبُسْتَانِ مِنْ خَارِجٍ. وَعِنْدَ زُهْرٍ لَا بُدَّ مِنْ دُخُولِ دَاخِلِ الْبُيُوتِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّ جَوَابَ الْكِتَابِ عَلَى وَفَاقِ عَادَتِهِمْ فِي الْأَبْنِيَةِ، فَإِنْ دُورَهُمْ لَمْ تَكُنْ مُتَّفَاوِتَةً يَوْمَئِذٍ، فَأَمَّا الْيَوْمُ فَلَا بُدَّ مِنَ الدُّخُولِ فِي دَاخِلِ الدَّارِ لِلتَّفَاوُتِ، وَالنَّظَرُ إِلَى الظَّاهِرِ لَا يُوقِعُ الْعِلْمَ بِالدَّاخِلِ.

الشرح:

(قَالَ: وَمَنْ رَأَى صَحْنَ الدَّارِ فَلَا خِيَارَ لَهُ) رُؤْيَا صَحْنِ الدَّارِ أَوْ خَارِجِهَا وَرُؤْيَا أَشْجَارِ الْبُسْتَانِ مِنْ خَارِجٍ تُسْقَطُ خِيَارُ الرُّؤْيَةِ.

لأنَّ كُلَّ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَائِهَا مُتَعَدِّلُ الرُّؤْيَةِ كَمَا تَحْتَ السَّرْرِ وَبَيْنَ الْحِطَّانِ مِنَ الْجُدُوعِ وَالْأَسْطُورَاتِ وَحِينَئِذٍ سَقَطَ شَرْطُ رُؤْيَةِ الْكُلِّ فَأَقَمْنَا رُؤْيَا مَا هُوَ الْمَقْصُودُ مِنَ الدَّارِ مَقَامَ رُؤْيَةِ الْكُلِّ، فَإِذَا كَانَ فِي الدَّارِ بَيْتَانِ شَتْوِيَّانِ وَبَيْتَانِ صَيْفِيَّانِ يُشْتَرَطُ رُؤْيَا الْكُلِّ كَمَا يُشْتَرَطُ رُؤْيَا صَحْنِ الدَّارِ وَلَا يُشْتَرَطُ رُؤْيَا الْمَطْبَخِ وَالْمَزْبَلَةِ وَالْعُلُوِّ إِلَّا فِي بَلَدٍ يَكُونُ الْعُلُوُّ مَقْصُودًا كَمَا فِي سَمَرْقَنْدَ.

وَقَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ أَبِي لَيْلَى: لَا بُدَّ مِنْ دُخُولِ دَاخِلِ الْيُبُوتِ وَالْأَصْحَحُ أَنَّ جَوَابَ الْكِتَابِ: أَيْ الْقُدُورِيِّ عَلَى وِفَاقِ عَادَتِهِمْ بِالْكُوفَةِ أَوْ بَعْدَادَ فِي الْأُتْبِيَةِ، فَإِنَّهَا تَخْتَلِفُ بِالضِّيقِ وَالسَّعَةِ، وَفِيمَا وَرَاءَ ذَلِكَ يَكُونُ كَصَفَقَةِ وَاحِدَةٍ، وَهَذَا يَصِيرُ مَعْلُومًا بِالنَّظَرِ إِلَى جُذْرَانِهَا مِنْ خَارِجٍ، فَأَمَّا الْيَوْمُ يُرِيدُ بِهِ دِيَارَهُمْ فَلَا بُدَّ مِنَ الدُّخُولِ فِي دَاخِلِ الدَّارِ لِلتَّمَاوُتِ فِي مَالِيَةِ الدُّوَرِ بِقِلَّةِ مَرَافِقِهَا وَكَثَرَتِهَا، فَالنَّظَرُ إِلَى الظَّاهِرِ لَا يُوقِعُ الْعِلْمَ بِالْبَاطِنِ وَهَذِهِ تُكَنِّهُ زُفَرٌ.

قَالَ (وَنَظَرَ الْوَكِيلُ كَنَظَرَ الْمُشْتَرِي حَتَّى لَا يَرُدُّهُ إِلَّا مِنْ عَيْبٍ، وَلَا يَكُونُ نَظَرُ الرُّسُولِ كَنَظَرَ الْمُشْتَرِي، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَا: هُمَا سَوَاءٌ، وَلَهُ أَنْ يَرُدَّهُ) قَالَ مَعْنَاهُ الْوَكِيلُ بِالْقَبْضِ، فَأَمَّا الْوَكِيلُ بِالشَّرَاءِ فَرُؤْيَتُهُ تُسْقِطُ الْخِيَارَ بِالْإِجْمَاعِ، لَهُمَا أَنَّهُ تَوَكَّلَ بِالْقَبْضِ دُونَ إِسْقَاطِ الْخِيَارِ فَلَا يَمْلِكُ مَا لَمْ يَتَوَكَّلْ بِهِ وَصَارَ كَخِيَارِ الْعَيْبِ وَالشَّرْطِ وَالْإِسْقَاطِ قَصْدًا. وَلَهُ أَنْ الْقَبْضُ نَوْعَانِ: تَامٌّ وَهُوَ أَنْ يَقْبِضَهُ وَهُوَ يَرَاهُ. وَنَاقِصٌ، وَهُوَ أَنْ يَقْبِضَهُ مَسْثُورًا وَهَذَا؛ لِأَنَّهُ تَمَامُهُ بِتَمَامِ الصَّفَقَةِ وَلَا تَتِمُّ مَعَ بَقَاءِ خِيَارِ الرُّؤْيَةِ وَالْمُؤَكَّلُ مَلِكُهُ بِنَوْعِيهِ، فَكَذَا الْوَكِيلُ. وَمَتَى قَبِضَ الْمُؤَكَّلُ وَهُوَ يَرَاهُ سَقَطَ الْخِيَارُ فَكَذَا الْوَكِيلُ لِإِطْلَاقِ التَّوَكُّلِ. وَإِذَا قَبِضَهُ مَسْثُورًا انْتَهَى التَّوَكُّلُ بِالنَّاقِصِ مِنْهُ فَلَا يَمْلِكُ إِسْقَاطَهُ قَصْدًا بَعْدَ ذَلِكَ، بِخِلَافِ خِيَارِ الْعَيْبِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْنَعُ تَمَامَ الصَّفَقَةِ فَيَتِمُّ الْقَبْضُ مَعَ بَقَائِهِ، وَخِيَارُ الشَّرْطِ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ. وَلَوْ سَلِمَ فَالْمُؤَكَّلُ لَا يَمْلِكُ التَّامُّ مِنْهُ فَإِنَّهُ لَا يَسْقِطُ بِقَبْضِهِ؛ لِأَنَّهُ اخْتِيَارٌ وَهُوَ الْمَقْصُودُ بِالْخِيَارِ يَكُونُ بَعْدَهُ، فَكَذَا لَا يَمْلِكُهُ وَكِيلُهُ، وَبِخِلَافِ الرُّسُولِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ شَيْئًا وَإِنَّمَا إِلَيْهِ تَبْلِيغُ الرِّسَالَةِ وَهَذَا لَا يَمْلِكُ الْقَبْضُ، وَالتَّسْلِيمُ إِذَا كَانَ رَسُولًا فِي الْبَيْعِ.

الشرح:

قَالَ (وَنَظَرَ الْوَكِيلُ كَنَظَرَ الْمُشْتَرِي) قِيلَ صُورَةُ التَّوَكُّلِ أَنْ يَقُولَ الْمُشْتَرِي لغيرِهِ كُنْ وَكِيلًا عَنِّي فِي قَبْضِ الْمَبِيعِ أَوْ وَكُلْتُكَ بِذَلِكَ. وَصُورَةُ الْإِرْسَالِ أَنْ يَقُولَ كُنْ رَسُولًا عَنِّي أَوْ أَرْسَلْتُكَ أَوْ أَمَرْتُكَ بِقَبْضِهِ.

وَقِيلَ لَا فَرْقَ بَيْنَ الْوَكِيلِ وَالرُّسُولِ فِيمَا إِذَا قَالَ أَمَرْتُكَ بِقَبْضِهِ إِذَا نَظَرَ الْوَكِيلُ بِالْقَبْضِ إِلَى الْمَبِيعِ وَقَبْضُهُ يُسْقِطُ خِيَارَ الْمُشْتَرِي فَلَا يَرُدُّهُ إِلَّا بِعَيْبٍ عَلِمَهُ الْوَكِيلُ أَوْ لَمْ

يَعْلَمُ. وَقَالَ الْفَقِيهُ أَبُو جَعْفَرٍ: إِذَا كَانَ عَيِّيًا يَعْلَمُهُ الْوَكِيلُ يَجِبُ أَنْ يَبْطُلَ خِيَارُ الْعَيْبِ بِالْقَبْضِ إِلَيْهِ، فَإِذَا نَظَرَ الرَّسُولُ وَقَبَضَهُ لَا يَسْقُطُ خِيَارُ الْمُشْتَرِي فَلَهُ أَنْ يَرُدَّهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: نَظَرُ الرَّسُولِ لَا يَسْقُطُ بِالِاتِّفَاقِ، وَنَظَرُ الْوَكِيلِ كَنَظَرِهِ فَهُمَا سَوَاءٌ فِي عَدَمِ سُقُوطِ خِيَارِ الْمُشْتَرِي وَلَهُ أَنْ يَرُدَّهُ وَلَمَّا كَانَتْ رَوَايَةُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ مُطْلَقَةً فِي الْوَكِيلِ وَالْوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ لَيْسَ حُكْمُهُ كَذَلِكَ فَسَرَّ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ مَعْنَاهُ الْوَكِيلُ بِالْقَبْضِ. فَأَمَّا الْوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ فَرُؤْيِيَّتُهُ تُسْقِطُ الْخِيَارَ بِالِاجْتِمَاعِ لِأَنَّ حُقُوقَ الْعَقْدِ تَرْجِعُ إِلَيْهِ (هُمَا أَنَّهُ تَوَكَّلَ) أَيْ قَبْلَ الْوَكَالَةِ (بِالْقَبْضِ دُونَ إِسْقَاطِ الْخِيَارِ) وَمَا لَمْ يَتَوَكَّلْ بِهِ لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِيهِ وَكَالَةً (فَلَا يَمْلِكُ) إِسْقَاطَ الْخِيَارِ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ فِيهَا لَمْ يَتَوَكَّلْ بِهِ فَصَارَ كَمَنْ اشْتَرَى شَيْئًا ثُمَّ وَكَّلَ وَكَيْلًا بِقَبْضِهِ فَقَبَضَ الْوَكِيلُ مَعِيًّا رَأْيًا عَيْنِي لَمْ يَسْقُطْ خِيَارُ الْعَيْبِ لِلْمُوَكَّلِ، وَكَمَنْ اشْتَرَى بِخِيَارِ الشَّرْطِ وَوَكَّلَ بِقَبْضِهِ فَقَبَضَهُ لَمْ يَسْقُطْ خِيَارُ الشَّرْطِ لِلْمُوَكَّلِ، وَكَمَا إِذَا وَكَّلَ بِقَبْضِ الْمَبِيعِ فَقَبَضَهُ مَسْتَوْرًا ثُمَّ رَأَاهُ الْوَكِيلُ فَأَسْقَطَ الْخِيَارَ قَصْدًا لَا يَسْقُطُ خِيَارُ الْمُوَكَّلِ. وَذَلِيلُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ مَبْنِيٌّ عَلَى مُقَدِّمَةِ هِيَ (أَنَّ الْقَبْضَ عَلَى تَوْعِينٍ: تَأْمٌ وَهُوَ أَنْ يَقْبِضَهُ وَهُوَ يَرَاهُ، وَنَاقِصٌ وَهُوَ أَنْ يَقْبِضَهُ وَهُوَ مَسْتَوْرٌ) (قَوْلُهُ وَهَذَا) إِشَارَةٌ إِلَى تَنَوُّعِهِ بِالتَّوَعِينِ، وَبَيَانُهُ (أَنَّ تَمَامَ الْقَبْضِ بِتَمَامِ الصَّفَقَةِ وَلَا تَتِمُّ) الصَّفَقَةُ (مَعَ بَقَاءِ خِيَارِ الرُّؤْيَةِ) لِأَنَّ تَمَامَهَا تَنْهَاهَا فِي الزُّرْمِ بِحَيْثُ لَا يَرْتَدُّ إِلَّا بِرِضَاهُ أَوْ قَضَاءٍ، وَخِيَارُ الرُّؤْيَةِ وَالشَّرْطِ يَمْنَعَانِ عَنْ ذَلِكَ، وَإِذَا ظَهَرَ هَذَا قُلْنَا: الْمُوَكَّلُ مَلِكُ الْقَبْضِ بِتَوْعِينِهِ، وَكُلُّ مَنْ مَلَكَهُ بِتَوْعِينِهِ مَلَكَهُ وَكَيْلُهُ كَذَلِكَ عِنْدَ إِطْلَاقِ التَّوَكُّلِ عَمَلًا بِإِطْلَاقِهِ. فَإِنْ قِيلَ: لَا تُسَلِّمُ ذَلِكَ فَإِنَّ الْوَكِيلَ إِذَا قَبَضَهُ قَبْضًا نَاقِصًا ثُمَّ رَأَاهُ أَسْقَطَ الْخِيَارَ قَصْدًا لَمْ يَسْقُطْ وَالْمُوَكَّلُ لَوْ فَعَلَ ذَلِكَ يَسْقُطُ الْخِيَارُ فَلَيْسَ الْوَكِيلُ كَالْمُوَكَّلِ فِي الْقَبْضِ النَّاقِصِ لَا مَحَالَةَ.

أَجَابَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ بِأَنَّ الْوَكِيلَ إِذَا قَبَضَهُ مَسْتَوْرًا انْتَهَى التَّوَكُّلُ بِالْقَبْضِ النَّاقِصِ فَبَقِيَ أَجْنَبِيًّا فَلَا يَمْلِكُ إِسْقَاطَهُ، وَفِي هَذَا الْجَوَابِ تَعَرُّضٌ إِلَى رَدِّ قِيَاسِهِمَا عَلَى الْإِسْقَاطِ الْقَصْدِيِّ، وَإِلَى رَدِّ قَوْلِهِمَا دُونَ إِسْقَاطِ الْخِيَارِ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّهُ لَمْ يَتَوَكَّلْ بِإِسْقَاطِ الْخِيَارِ قَصْدًا أَوْ ضَمِنًا وَالْأَوَّلُ مُسَلَّمٌ، وَلَكِنَّ إِسْقَاطَ الْخِيَارِ فِي الْقَبْضِ التَّامِّ يَبْهَتُ لِلْوَكِيلِ فِي ضَمْنِ التَّوَكُّلِ بِهِ وَهُوَ الْقَبْضُ حَتَّى لَوْ رَأَى قَبْلَ الْقَبْضِ لَمْ يَسْقُطْ بِهِ الْخِيَارُ، بِخِلَافِ

الموكل، وكم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا. والثاني ممنوع فإن من توكل بشيء توكل بما يثمه لأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب وقوله (بخلاف خيار العيب) جواب عن قولهما فصار كخيار العيب فإنه لا يمنع تمام الصفقة حيث لا يرتد به إلا برضا أو قضاء، وما لم يمنع تمام الصفقة لا يمنع تمام القبض ولهذا ملك رد المعيب خاصة بعد القبض، ولم يجعل تفرقا للصفقة لأن تفرق الصفقة قبل تمامها ممنوع، ولما لم يمتنع هاهنا دل أنها كانت تامة، وهو من موضحات ذلك أن خيار العيب لثبوت حق المطالبة بالجزء الفائت وذلك للموكل ولم يصدر التوكيل بالقبض لإسقاطه ولا يستلزمه فلا يملكه الوكيل.

وخيار الشرط لا يصلح مقيسا عليه لأنه على هذا الخلاف ذكر القدوري أن من اشترى شيئا على أنه بالخيار فوكل وكلا بقبضه بعدما رآه فهو على هذا الخلاف، ولو سلم بقاء الخيار فالموكل لا يملك القبض التام لأن تمامه بتمام الصفقة ولا تتم الصفقة مع بقاء خيار الشرط، والخيار لا يسقط بقبضه لأن الاختيار وهو المقصود بالخيار لا يكون إلا بعد القبض فكذا وكيله، وقيد بالتام لأن الموكل يملك التاقص فإن القبض مع بقاء الخيار ناقص كما أنه قبل الرؤية ناقص، والرسل ليس كالوكيل فإن إتمام ما أرسل به ليس إليه وإنما إليه تبليغ الرسالة كالرسل بالعقد فإنه لا يملك القبض والتسليم.

قال (وبيع الأعمى وشراؤه جائز وله الخيار إذا اشترى) لأنه اشترى ما لم يره وقد قررناه من قبل (ثم يسقط خياره بجسه المبيع إذا كان يعرف بالجس، ويشمه إذا كان يعرف بالشم، ويذوقه إذا كان يعرف بالذوق) كما في البصير (ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له) لأن الوصف يقام مقام الرؤية كما في السلم. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا وقف في مكان لو كان بصيرا لراه وقال: قد رضيت سقط خياره، لأن التشبه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريرك الشفتين يقام مقام القراءة في حق الأخرس في الصلاة، وإجراء موسى مقام الحلق في حق من لا شعر له في الحج. وقال الحسن: يوكل وكلا بقبضه وهو يراه وهذا أشبه بقول أبي حنيفة لأن رؤية الوكيل كروية الموكل على ما مر آنفا.

الشرح:

قَالَ (وَبَيْعُ الْأَعْمَى وَشِرَاؤُهُ جَائِزٌ) بَيْعُ الْأَعْمَى وَشِرَاؤُهُ جَائِزٌ عِنْدَنَا (وَلَهُ الْخِيَارُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِنْ كَانَ بَصِيرًا فَعَمِي فَكَذَا الْجَوَابُ، وَإِنْ كَانَ أَكْمَهُ فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ وَلَا شِرَاؤُهُ أَصْلًا لِأَنَّهُ لَا عِلْمَ لَهُ بِالْأَلْوَانِ وَالصِّفَاتِ، وَهُوَ مَخْجُوجٌ بِمُعَامَلَةِ النَّاسِ الْعُمَيَّانِ مِنْ غَيْرِ تَكْيِيرٍ، وَبِأَنَّ مِنْ أَصْلِهِ أَنَّ مَنْ لَا يَمْلِكُ الشِّرَاءَ بِنَفْسِهِ لَا يَمْلِكُ الْأَمْرَ بِهِ لِغَيْرِهِ، فَإِذَا احتَاجَ الْأَعْمَى إِلَى مَا يَأْكُلُ وَلَا يَتِمَكَّنُ مِنْ شِرَاءِ الْمَأْكُولِ وَلَا التَّوَكُّلِ بِهِ مَاتَ جُوعًا وَفِيهِ مِنَ الْقُبْحِ مَا لَا يَخْفَى.

وَلَنَا (أَنَّهُ اشْتَرَى مَا لَمْ يَرَهُ، وَمَنْ اشْتَرَى شَيْئًا لَمْ يَرَهُ فَلَهُ الْخِيَارُ بِالْحَدِيثِ وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ) وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ قَوْلَهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ " لَمْ يَرَهُ سَلْبٌ " وَهُوَ يَقْتَضِي تَصَوُّرَ الْإِجْبَابِ وَهُوَ إِنَّمَا يَكُونُ فِي الْبَصِيرِ، وَالْأَوَّلَى أَنْ يُسْتَدَلَّ عَلَى ذَلِكَ بِمَا ذَكَرْنَا مِنْ مُعَامَلَةِ النَّاسِ الْعُمَيَّانِ مِنْ غَيْرِ تَكْيِيرٍ فَإِنَّ ذَلِكَ أَصْلٌ فِي الشَّرْعِ بِمَنْزِلَةِ الْإِجْمَاعِ، وَيَسْقُطُ خِيَارُهُ بِمُبَاشَرَةٍ مَا هُوَ سَبَبُ الْعِلْمِ بِالْمَقْصُودِ، فَإِنْ كَانَ الْمَبِيعُ مِمَّا يَعْلَمُ بِمَسِّهِ فَخِيَارُهُ يَسْقُطُ بِجَسِّهِ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا يَعْلَمُ بِالشَّمِّ فَبِشَمِّهِ وَبَذَوْفِهِ فِي الْمَذْذُوقَاتِ. وَأَمَّا إِذَا كَانَ شَجَرًا أَوْ ثَمَرًا عَلَى شَجَرٍ أَوْ عَقَارًا فَإِنَّ خِيَارَهُ لَا يَسْقُطُ حَتَّى يُوصَفَ لَهُ لِأَنَّ الْوَصْفَ يُقَامُ مَقَامَ الرُّوْيَةِ كَمَا فِي السَّلَامِ.

وَقَالَ بَعْضُ أَئِمَّةِ بَلْخِي: يَمَسُّ الْحَائِطَ وَالْأَشْجَارَ، فَإِذَا بَاشَرَ بِسَبَبِ الْعِلْمِ أَوْ وَصَفَ لَهُ أَوْ وَصَفَ وَمَسَّ وَقَالَ رَضِيَتْ سَقَطَ الْخِيَارُ. وَرَوَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ إِذَا وَقَفَ فِي مَكَانٍ لَوْ كَانَ الْوَاقِفُ بَصِيرًا لَرَأَاهُ وَقَدْ قَالَ رَضِيَتْ سَقَطَ خِيَارُهُ، لِأَنَّ التَّشْبِيهَ يَقُومُ مَقَامَ الْحَقِيقَةِ فِي مَوْضِعِ الْعَجْزِ كَتَحْرِيكِ الشَّفَتَيْنِ وَإِجْرَاءِ الْمُوسَى فِي حَقِّ الْآدَمِيِّ وَالْأَصْلَحِ، وَإِطْلَاقُ الرُّوْيَةِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ يَقُولُ بِذَلِكَ مِنْ غَيْرِ اشْتِرَاطِ الْوَصْفِ.

قَالَ مُحَمَّدٌ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: قَالَ أَبُو يُوسُفَ فِي الْأَعْمَى: يَشْتَرِي الشَّيْءَ لَمْ يَرَهُ فَيَقُولُ قَدْ رَضِيَتْ قَالَ: لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ، وَإِنْ كَانَ فِي مَكَانٍ لَوْ كَانَ بَصِيرًا لَرَأَاهُ ثُمَّ قَالَ قَدْ رَضِيَتْهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ. وَقَالَ الْفَقِيهُ: قَالَ بَعْضُهُمْ: يُوقَفُ فِي مَكَانٍ لَوْ كَانَ بَصِيرًا لَرَأَاهُ وَمَعَ ذَلِكَ يُوصَفُ لَهُ، وَهَذَا أَحْسَنُ الْأَقْوَالِ، قَالَ: وَبِهِ نَأْخُذُ. وَقَالَ الْحَسَنُ: يُوَكَّلُ وَكِيلًا يَقْبِضُهُ وَهُوَ يَرَاهُ.

وَهَذَا أَشْبَهُ بِقَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، لِأَنَّ رُؤْيَةَ الْوَكِيلِ بِالْقَبْضِ كَرُؤْيَةِ الْمُوَكَّلِ كَمَا تَقَدَّمَ. وَلَوْ وَصِفَ لَهُ فَقَالَ رَضِيتُ ثُمَّ أَبْصَرَ فَلَا خِيَارَ لَهُ لِأَنَّ الْعَقْدَ قَدْ تَمَّ وَسَقَطَ الْخِيَارُ فَلَا يَعُودُ. وَلَوْ اشْتَرَى بِصِيرًا ثُمَّ عَمِيَ انْتَقَلَ الْخِيَارُ إِلَى الصَّفَةِ لِأَنَّ النَّاقِلَ لِلْخِيَارِ مِنَ النَّظَرِ إِلَى صِفَةِ الْعَجْزِ، وَقَدْ اسْتَوَى فِي ذَلِكَ كَوْنُهُ أَعْمَى وَقْتَ الْعَقْدِ وَصَيْرُورَتُهُ أَعْمَى بَعْدَ الْعَقْدِ قَبْلَ الرُّؤْيَةِ.

قَالَ (وَمَنْ رَأَى أَحَدَ الثَّوْبَيْنِ فَاشْتَرَاهُمَا ثُمَّ رَأَى الْآخَرَ جَازَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُمَا) لِأَنَّ رُؤْيَةَ أَحَدِهِمَا لَا تَكُونُ رُؤْيَةَ الْآخَرِ لِلتَّفَاوُتِ فِي الثِّيَابِ فَبَقِيَ الْخِيَارُ فِيهِمَا لَمْ يَرَهُ، ثُمَّ لَا يَرُدُّهُ وَحْدَهُ بَلْ يَرُدُّهُمَا كَيْ لَا يَكُونَ تَفْرِيقًا لِلصَّفَقَةِ قَبْلَ التَّمَامِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الصَّفَقَةَ لَا تَتِمُّ مَعَ خِيَارِ الرُّؤْيَةِ قَبْلَ الْقَبْضِ وَبَعْدَهُ، وَلِهَذَا يَتِمَّكَنُ مِنَ الرَّدِّ بِغَيْرِ قَضَاءٍ وَلَا رِضَا وَيَكُونُ فُسْخًا مِنَ الْأَصْلِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ رَأَى أَحَدَ الثَّوْبَيْنِ فَاشْتَرَاهُمَا) قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ فِي الْجَمْعِ بَيْنَ الْأَشْيَاءِ الْمُتَفَاوِتَةِ الْآحَادِ فِي الْبَيْعِ رُؤْيَةَ بَعْضِهَا لَا يُعْرِفُ الْبَاقِي بَلْ لَا بُدَّ مِنْ رُؤْيَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا، وَعَلَى هَذَا إِذَا رَأَى أَحَدَ الثَّوْبَيْنِ فَاشْتَرَاهُمَا ثُمَّ رَأَى الْآخَرَ فَلَهُ الْخِيَارُ، لَكِنْ لَا يَرُدُّ الَّذِي رَأَاهُ وَحْدَهُ، بَلْ يَرُدُّهُمَا إِنْ شَاءَ كَيْ لَا يَلْزَمَ تَفْرِيقُ الصَّفَقَةِ قَبْلَ التَّمَامِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ لَنَا مَعْنَى تَمَامِ الصَّفَقَةِ، وَأَنَّهَا لَا تَتِمُّ مَعَ خِيَارِ الرُّؤْيَةِ قَبْلَ الْقَبْضِ وَبَعْدَهُ، وَلَكُونِهَا غَيْرَ تَامَةٍ يَتِمَّكَنُ الْمُشْتَرِي مِنَ الرَّدِّ بِغَيْرِ قَضَاءٍ وَلَا رِضَا فَيَكُونُ الرَّدُّ فُسْخًا مِنَ الْأَصْلِ لِعَدَمِ الْعِلْمِ بِصِفَاتِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ.

فَإِنْ تَفْرِيقُ الصَّفَقَةِ مِنْهُيٌّ عَنْهُ لَمَّا جَاءَ فِي الْحَدِيثِ «نَهَى النَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَنْ تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ» قِيلَ: تَفْرِيقُ الصَّفَقَةِ مِنْهُيٌّ عَنْهُ وَهُوَ يَقْتَضِي رَدَّهُمَا جَمِيعًا إِنْ شَاءَ، وَقَوْلُهُ ﷺ «مَنْ اشْتَرَى شَيْئًا لَمْ يَرَهُ» الْحَدِيثُ يُدَلُّ عَلَى أَنَّ لَهُ أَنْ يَرُدَّ الَّذِي لَمْ يَرَهُ وَحْدَهُ، فَمَا وَجْهُ تَرْجِيحِ حَدِيثِ النَّهْيِ عَلَى الْمَجِيزِ؟ وَأُجِيبَ بِأَنَّ مُوَجِبَ النَّهْيِ مُطَرِّدٌ فِي جَمِيعِ صُورِهِ، وَمُوجِبُ الْمَجِيزِ لَيْسَ كَذَلِكَ فَإِنَّهُ لَا يَمْلِكُ الرَّدَّ إِذَا تَعَيَّبَ أَوْ أَعْتَقَ أَحَدَ الْعَبْدَيْنِ أَوْ دَبْرَهُ وَالْمُطَرِّدُ رَاجِحٌ وَبِأَنَّهُ مُحَرَّمٌ وَالْمُحَرَّمُ رَاجِحٌ عَلَى الْمُبِيحِ، أَوْ لِأَنَّهُ مُتَأَخَّرٌ عَنِ الْمُبِيحِ لِثَلَا يَلْزَمُ تَكْرِيرُ النَّسْخِ وَبِأَنَّ الرَّدَّ كَمَا كَانَ غَيْرَ مُمَكِّنٍ؛ لِأَنَّ رَدَّ

أَحَدِ الثَّوَيْنِ لَا يَكُونُ رَدًّا لِأَنَّهُ اشْتَرَى ثَوَيْنَ لَا أَحَدَهُمَا، وَالرَّدُّ إِنَّمَا يَصِحُّ أَنْ لَوْ كَانَ ذَلِكَ الْمَرْدُودُ عَلَى الْحَالَةِ الْأُولَى قَبْلَ النَّهْيِ عَنْ تَفْرِيقِهَا مُطْلَقًا، وَقَدْ قِيدْتُمْ بِمَا قَبْلَ التَّمَامِ فَيَكُونُ مَتْرُوكَ الظَّاهِرِ، وَمِثْلُهُ مَرْجُوحٌ. وَالْجَوَابُ أَنَّ النَّهْيَ إِنَّمَا هُوَ عَنِ التَّفْرِيقِ وَالتَّقْيِيدِ بِمَا قَبْلَ التَّمَامِ بِالْقِيَاسِ عَلَى ابْتِدَاءِ الصَّفَقَةِ، فَإِنَّهُ إِذَا أُوجِبَ الْبَيْعُ فِي شَيْئَيْنِ لَا يَمْلِكُ الْمُشْتَرِي الْقَبُولَ فِي أَحَدِهِمَا لَمَّا فِيهِ مِنَ الْإِضْرَارِ بِالْبَائِعِ لِحَرَيَانِ الْعَادَةِ فِيمَا بَيْنَ النَّاسِ بِضَمِّ الرَّدِيِّ إِلَى الْجَيِّدِ تَرْوِيحًا لَهُ بِالْجَيِّدِ، فَإِذَا عَلِمَ أَنَّ الْمَانِعَ مِنْ رَدِّ أَحَدِهِمَا تَفْرِيقُ الصَّفَقَةِ قَبْلَ التَّمَامِ يَنْدَفِعُ مَا اسْتَشْكَلَ بِالِاسْتِحْقَاقِ، فَإِنْ مَنْ اشْتَرَى ثَوَيْنَ فَاسْتَحَقَّ أَحَدَهُمَا لَا يَرُدُّ الْبَاقِي، وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ إِذَا رَدَّ أَحَدَهُمَا فَلَا بُدَّ مِنْ رَدِّ الْآخَرِ أَيْضًا لِأَنَّ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ رَدَّ أَحَدِهِمَا يُوجِبُ تَفْرِيقَ الصَّفَقَةِ قَبْلَ التَّمَامِ لِأَنَّهَا لَا تَتِمُّ مَعَ بَقَاءِ خِيَارِ الرُّوْيَةِ.

وَفِي فَصْلِ الْاسْتِحْقَاقِ لَمْ تَتَفَرَّقْ عَلَى الْمُشْتَرِي قَبْلَ التَّمَامِ بَلْ تَمَّتْ فِيمَا كَانَ مِلْكُ الْبَائِعِ غَيْرَ مَعِيبٍ بِعَيْبِ الشَّرِكَةِ، حَتَّى لَوْ كَانَ الْمَبِيعُ عَبْدًا وَاحِدًا فَاسْتَحَقَّ بَعْضُهُ كَانَ لَهُ رَدُّ الْبَاقِي كَمَا فِي خِيَارِ الرُّوْيَةِ وَالشَّرْطِ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ فِي الْأَعْيَانِ الْمُجْتَمِعَةِ عَيْبٌ وَالْمُشْتَرِي لَمْ يَرْضَ بِهِ، لَكِنْ فِي صُورَةِ الْاسْتِحْقَاقِ لَهُ وَلِإِثْبَاتِ رَدِّ الْبَاقِي لَدَفْعِ ضَرَرٍ يَلْزَمُ الْمُشْتَرِي، فَإِنْ شَاءَ رَضِيَ وَإِنْ شَاءَ رَدَّ. وَفِي خِيَارِ الرُّوْيَةِ عَلَيْهِ رَدُّ الْآخَرِ لَدَفْعِ ضَرَرٍ يَلْزَمُ الْبَائِعَ.

وَمَنْ مَاتَ وَلَهُ خِيَارُ الرُّوْيَةِ بَطَلَ خِيَارُهُ لِأَنَّهُ لَا يَجْرِي فِيهِ الْإِرْثُ عِنْدَنَا، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي خِيَارِ الشَّرْطِ (وَمَنْ رَأَى شَيْئًا ثُمَّ اشْتَرَاهُ بَعْدَ مُدَّةٍ، فَإِنْ كَانَ عَلَى الصَّفَقَةِ الَّتِي رَأَاهُ فَلَا خِيَارَ لَهُ) لِأَنَّ الْعِلْمَ بِأَوْصَافِهِ حَاصِلٌ لَهُ بِالرُّوْيَةِ السَّابِقَةِ، وَبِفَوَاتِهِ يَثْبُتُ الْخِيَارُ إِلَّا إِذَا كَانَ لَا يَعْلَمُهُ مَرِيئُهُ لَعَدَمِ الرِّضَا بِهِ (وَإِنْ وَجَدَهُ مُتَغَيِّرًا فَلَهُ الْخِيَارُ) لِأَنَّ تِلْكَ الرُّوْيَةَ لَمْ تَقَعْ مُعْلَمَةً بِأَوْصَافِهِ فَكَأَنَّهُ لَمْ يَرَهُ، وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي التَّغْيِيرِ فَالْقَوْلُ لِلْبَائِعِ لِأَنَّ التَّغْيِيرَ حَادِثٌ وَسَبَبُ اللُّزُومِ ظَاهِرٌ، إِلَّا إِذَا بَعْدَتْ الْمُدَّةُ عَلَى مَا قَالُوا لِأَنَّ الظَّاهَرَ شَاهِدٌ لِلْمُشْتَرِي، بِخِلَافِ مَا إِذَا اخْتَلَفَا فِي الرُّوْيَةِ لِأَنَّهَا أَمْرٌ حَادِثٌ وَالْمُشْتَرِي يُنْكِرُهُ فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَهُ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ مَاتَ وَلَهُ خِيَارُ الرُّوْيَةِ بَطَلَ خِيَارُهُ) قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ خِيَارَ الشَّرْطِ لَا يَقْبَلُ الْإِنْتِقَالَ لِأَنَّهُ مَشِئَةٌ، وَهُوَ عَرَضٌ وَالْعَرَضُ لَا يَنْتَقِلُ وَالْإِرْثُ فِيمَا يَنْتَقِلُ، فَكَذَا خِيَارُ

الرؤية، وَقَدْ ذَكَرْنَا الْبَحْثَ فِي خِيَارِ الشَّرْطِ مُسْتَوْفَى فَلَا يُحْتَاجُ إِلَى إِعَادَتِهِ.
 قَالَ (وَمَنْ رَأَى شَيْئًا ثُمَّ اشْتَرَاهُ بَعْدَ مُدَّةٍ، فَإِنْ كَانَ عَلَى تِلْكَ الصِّفَةِ الَّتِي رَأَاهُ
 عَلَيْهَا سَقَطَ الْخِيَارُ لِأَنَّ الْعِلْمَ بِأَوْصَافِهِ حَاصِلٌ لَهُ بِتِلْكَ الرُّؤْيَا السَّابِقَةِ، وَبِفَوَاتِ الْعِلْمِ
 بِالْأَوْصَافِ يَثْبُتُ الْخِيَارُ، فَبَيْنَ الْعِلْمِ بِالْأَوْصَافِ وَثُبُوتِ الْخِيَارِ مُنَافَاةٌ، وَيَثْبُتُ أَحَدُ
 الْمُتَنَافِيَيْنِ وَهُوَ الْعِلْمُ بِالْأَوْصَافِ بِتِلْكَ الرُّؤْيَا فَيَنْتَفِي الْآخَرُ وَهُوَ ثُبُوتُ الْخِيَارِ إِلَّا إِذَا كَانَ
 لَا يَعْلَمُ أَنَّهُ هُوَ الَّذِي رَأَاهُ كَمَا إِذَا اشْتَرَى ثَوْبًا مَلْفُوفًا كَانَ رَأَاهُ مِنْ قَبْلُ، وَهُوَ لَا يَعْلَمُ
 أَنَّ الْمُشْتَرِي ذَلِكَ الْمَرْثِي فَإِنَّ لَهُ الْخِيَارَ حِينَئِذٍ لِعَدَمِ الرِّضَا بِهِ، وَإِنَّمَا اسْتَنْتَى هَذِهِ الصُّورَةَ
 لِدَفْعِ مَا عَسَى أَنْ يُتَوَهَّمُ أَنَّ عِلَّةَ انْتِفَاءِ ثُبُوتِ الْخِيَارِ هُوَ الْعِلْمُ بِالْأَوْصَافِ، وَهَاهُنَا لَمَّا
 كَانَ الْمَبِيعُ مَرْتَبًا مِنْ قَبْلُ لَمْ يَتَغَيَّرْ عَنْهَا كَانَ الْعِلْمُ بِهَا حَاصِلًا فَلَا يَكُونُ لَهُ الْخِيَارُ، وَذَلِكَ
 لِأَنَّ الْأَمْرَ وَإِنْ كَانَ كَذَلِكَ لَكِنْ شَرْطُهُ الرِّضَا بِهِ وَحِينَئِذٍ لَمْ يَعْلَمْ أَنَّهُ مَرْتَبِي لَمْ يَرْضَ بِهِ
 فَكَانَ لَهُ الْخِيَارُ وَإِنْ وَجَدَهُ مُتَغَيِّرًا فَلَهُ الْخِيَارُ لِأَنَّ تِلْكَ الرُّؤْيَا لَمْ تَقَعْ مُعْلَمَةً بِأَوْصَافِهِ
 فَكَأَنَّهُ لَمْ يَرَهُ، وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي التَّغْيِيرِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ مَعَ يَمِينِهِ، لِأَنَّ التَّغْيِيرَ حَادِثٌ لَأَنَّهُ
 إِنَّمَا يَكُونُ بَعِيبٍ أَوْ تَبَدُّلِ هَيْئَةٍ وَكُلُّ مِنْهُمَا عَارِضٌ وَالْمُشْتَرِي يَدَّعِيهِ وَالْبَائِعُ مُنْكَرٌ
 وَمُتَمَسِّكٌ بِالْأَصْلِ، لِأَنَّ سَبَبَ لُزُومِ الْعَقْدِ وَهُوَ رُؤْيَا جُزْءٍ مِنَ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ، وَقِيلَ هُوَ
 الرُّؤْيَا السَّابِقَةُ، وَقِيلَ هُوَ الْبَيْعُ الْبَاتُ الْخَالِي عَنِ الشُّرُوطِ الْمُفْسِدَةِ ظَاهِرٌ، وَالْأَصْلُ لُزُومُ
 الْعَقْدِ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ مَعَ يَمِينِهِ وَالْيَمِينَةُ بَيِّنَةٌ مُدَّعِي الْعَارِضِ (قَوْلُهُ إِلَّا إِذَا بَعْدَتْ الْمُدَّةُ
 عَلَى مَا قَالُوا) أَيُّ الْمُتَأَخِّرُونَ اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ فَإِنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ الْقَوْلُ
 قَوْلُ الْمُشْتَرِي، لِأَنَّ الظَّاهِرَ يَشْهَدُ لَهُ، فَإِنَّ الشَّيْءَ يَتَغَيَّرُ بِطُولِ الزَّمَانِ، وَمَنْ يَشْهَدُ لَهُ
 الظَّاهِرُ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ، وَإِلَيْهِ مَالُ شَمْسِ الْأُمَّةِ السَّرَخْسِيِّ وَقَالَ: أَرَأَيْتَ لَوْ كَانَتْ جَارِيَةً
 شَابَةً رَأَاهَا فَاشْتَرَاهَا بَعْدَ ذَلِكَ بَعِشْرِينَ سَنَةً وَزَعَمَ الْبَائِعُ أَنَّهَا لَمْ تَتَغَيَّرْ كَانَ يُصَدَّقُ
 عَلَى ذَلِكَ.

وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ مَا إِذَا اخْتَلَفَا فِي الرُّؤْيَا) مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ: يَعْنِي
 إِذَا اخْتَلَفَ الْبَائِعُ وَالْمُشْتَرِي فِي رُؤْيَا الْمُشْتَرِي فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي لِأَنَّ الْبَائِعَ يَدَّعِي
 عَلَيْهِ الْعِلْمَ بِالصِّفَاتِ وَأَنَّهُ حَادِثٌ، وَالْمُشْتَرِي مُنْكَرٌ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ الْيَمِينِ.
 قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى عِدْلَ زُطِّيٍّ وَلَمْ يَرَهُ فَبَاعَ مِنْهُ ثَوْبًا أَوْ وَهَبَهُ وَسَلَّمَهُ لَمْ يَرُدَّ شَيْئًا

مِنْهَا إِلَّا مِنْ عَيْبٍ، وَكَذَلِكَ خِيَارُ الشَّرْطِ؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ الرَّدُّ فِيمَا خَرَجَ عَنْ مِلْكِهِ، وَفِي رَدِّ مَا بَقِيَ تَفْرِيقُ الصَّفَقَةِ قَبْلَ التَّمَامِ؛ لِأَنَّ خِيَارَ الرُّوْيَةِ وَالشَّرْطِ يَمْنَعَانِ تَمَامَهَا، بِخِلَافِ خِيَارِ الْعَيْبِ لِأَنَّ الصَّفَقَةَ تَتِمُّ مَعَ خِيَارِ الْعَيْبِ بَعْدَ الْقَبْضِ وَإِنْ كَانَتْ لَا تَتِمُّ قَبْلَهُ وَفِيهِ وَضَعُ الْمَسْأَلَةِ. فَلَوْ عَادَ إِلَيْهِ بِسَبَبٍ هُوَ فَسَخٌّ فَهُوَ عَلَى خِيَارِ الرُّوْيَةِ، كَذَا ذَكَرَهُ شَمْسُ الْأَثِمَةِ السَّرْحَسِيُّ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يَعُودُ بَعْدَ سَقُوطِهِ كَخِيَارِ الشَّرْطِ، وَعَلَيْهِ اعْتَمَدَ الْقُدُورِيُّ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى عَدْلَ زُطِّيٍّ) الْعَدْلُ بِالْكَسْرِ الْمِثْلُ، وَمِنْهُ عَدْلُ الْمَتَاعِ. وَالزُّطُّ: جِيلٌ مِنَ الْهِنْدِ يُنْسَبُ إِلَيْهِمُ الثِّيَابُ الزُّطِّيَّةُ. وَمَنْ اشْتَرَى عَدْلَ زُطِّيٍّ وَلَمْ يَرَهُ وَقَبَضَهُ فَبَاعَ مِنْهُ ثَوْبًا، كَذَا لَفْظُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ. وَهُوَ مُرَادُ الْمُصَنِّفِ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَقْبِضْ لَمْ يَصِحَّ تَصْرِفُهُ فِيهِ بِنَيْعٍ أَوْ هِبَةٍ، فَإِذَا قَبَضَهُ فَبَاعَ مِنْهُ ثَوْبًا أَوْ وَهَبَهُ وَسَلَّمَهُ لَمْ يَرُدَّ شَيْئًا مِنْهَا: أَيُّ مِنَ الثِّيَابِ الزُّطِّيَّةِ إِلَّا مِنْ عَيْبٍ.

ذَكَرَ الضَّمِيرُ فِي قَوْلِهِ وَلَمْ يَرَهُ وَغَيْرِهِ نَظْرًا إِلَى الْعَدْلِ، وَأَنْتَ فِي قَوْلِهِ مِنْهَا نَظْرًا إِلَى الثِّيَابِ، فَإِنَّهُ إِذَا بَاعَ مِنْهُ ثَوْبًا لَمْ يَبْقَ عَدْلًا بَلْ ثِيَابًا مِنَ الْعَدْلِ، وَكَذَا إِذَا اشْتَرَى عَدْلَ زُطِّيٍّ بِخِيَارِ الشَّرْطِ فَقَبَضَهُ وَبَاعَ ثَوْبًا مِنْهُ أَوْ وَهَبَ وَذَلِكَ لِأَنَّ الرَّدَّ تَعَذَّرَ فِيمَا خَرَجَ مِنْ مِلْكِهِ، وَفِي رَدِّ مَا بَقِيَ تَفْرِيقُ الصَّفَقَةِ قَبْلَ التَّمَامِ لِأَنَّ الْخِيَارَيْنِ يَمْنَعَانِ تَمَامَهَا كَمَا مَرَّ.

وَأَمَّا خِيَارُ الْعَيْبِ فَإِنَّهُ لَا يَمْنَعُ تَمَامَهَا بَعْدَ الْقَبْضِ، وَفِيهِ وَضَعُ مُحَمَّدٍ الْمَسْأَلَةَ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ قَبْلَ الْقَبْضِ لَمَا جَازَ التَّصْرِفُ فِيهِ (فَلَوْ عَادَ) الثَّوْبُ الَّذِي بَاعَهُ (إِلَى الْمُشْتَرِي بِسَبَبٍ هُوَ فَسَخٌّ) بِأَنْ رَدَّ الْمُشْتَرِي الثَّانِي بِالْعَيْبِ بِالْقَضَاءِ أَوْ رَجَعَ فِي الْهِبَةِ فَهُوَ أَيُّ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلُ أَوْ الْوَاهِبُ عَلَى خِيَارِهِ، فَجَازَ أَنْ يَرُدَّ الْكُلَّ بِخِيَارِ الرُّوْيَةِ لَارْتِفَاعِ الْمَانِعِ مِنَ الْأَصْلِ وَهُوَ تَفْرِيقُ الصَّفَقَةِ (كَذَا ذَكَرَهُ شَمْسُ الْأَثِمَةِ السَّرْحَسِيُّ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ خِيَارَ الرُّوْيَةِ لَا يَعُودُ بَعْدَ سَقُوطِهِ) لِأَنَّ السَّاقِطَ لَا يَعُودُ (كَخِيَارِ الشَّرْطِ وَعَلَيْهِ اعْتَمَدَ الْقُدُورِيُّ).

بَابُ خِيَارِ الْعَيْبِ

(وَإِذَا أَطْلَعَ الْمُشْتَرِي عَلَى عَيْبٍ فِي الْمَبِيعِ) فَهُوَ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهُ لَأَنَّ مُطْلَقَ الْعَقْدِ يَقْتَضِي وَصْفَ السَّلَامَةِ، فَعِنْدَ قَوَاتِهِ يَتَخَيَّرُ كَيْ لَا يَتَضَرَّرَ بِلُزُومِ مَا لَا يَرْضَى بِهِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُمَسِّكَهُ وَيَأْخُذَ التَّقْصَانَ؛ لِأَنَّ الْأَوْصَافَ لَا يُقَابِلُهَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ فِي مُجَرَّدِ الْعَقْدِ؛ وَلِأَنَّهُ لَمْ يَرْضَ بِزَوَالِهِ عَنْ مِلْكِهِ بِأَقْلٍ مِنَ الْمُسَمًّى فَيَتَضَرَّرُ بِهِ، وَدَفَعَ الضَّرَرَ عَنِ الْمُشْتَرِي مُمَكِّنَ بِالرَّدِّ بِدُونِ تَضَرُّرِهِ، وَالْمُرَادُ عَيْبٌ كَانَ عِنْدَ الْبَائِعِ وَلَمْ يَرَهُ الْمُشْتَرِي عِنْدَ الْبَيْعِ وَلَا عِنْدَ الْقَبْضِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ رِضًا بِهِ.

الشرح:

(بَابُ خِيَارِ الْعَيْبِ): أَخَرَّ خِيَارَ الْعَيْبِ لِأَنَّهُ يَمْنَعُ اللَّزُومَ بَعْدَ التَّمَامِ، وَإِضَافَةَ الْخِيَارِ إِلَى الْعَيْبِ مِنْ قِبَلِ إِضَافَةِ الشَّيْءِ إِلَى سَبَبِهِ. إِذَا أَطْلَعَ الْمُشْتَرِي عَلَى عَيْبٍ فِي الْمَبِيعِ فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهُ لَأَنَّ مُطْلَقَ الْعَقْدِ يَقْتَضِي وَصْفَ السَّلَامَةِ: أَيَّ سَلَامَةِ الْمُعْقُودِ عَلَيْهِ عَنِ الْعَيْبِ لَمَّا رُوِيَ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ اشْتَرَى مِنْ عَدَاءِ بْنِ خَالِدِ بْنِ هُوْذَةَ عَبْدًا وَكَتَبَ فِي عَهْدَتِهِ هَذَا مَا اشْتَرَى مُحَمَّدٌ رَسُولُ اللَّهِ مِنَ الْعَدَاءِ بْنِ خَالِدِ بْنِ هُوْذَةَ عَبْدًا لَا دَاءَ وَلَا غَائِلَةَ وَلَا خِيَنَةَ يَبِيعُ الْمُسْلِمُ مِنَ الْمُسْلِمِ» وَتَفْسِيرُ الدَّاءِ فِيمَا رَوَاهُ الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ الْمَرَضُ فِي الْجَوْفِ وَالْكَبِدِ وَالرَّئَةِ فَإِنَّ الْمَرَضَ مَا يَكُونُ فِي سَائِرِ الْبَدَنِ وَالدَّاءُ مَا يَكُونُ فِي الْجَوْفِ وَالْكَبِدِ وَالرَّئَةِ. وَفِيمَا رُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ قَالَ: الدَّاءُ الْمَرَضُ، وَالْغَائِلَةُ مَا تُكُونُ مِنْ قِبَلِ الْأَفْعَالِ كَالْإِبَاقِ وَالسَّرْقَةِ، وَالْخِيَنَةُ هِيَ الْاسْتِحْقَاقُ، وَقِيلَ هِيَ الْجُنُونُ، وَفِي هَذَا تَنْصِصٌ عَلَى أَنَّ الْبَيْعَ يَقْتَضِي سَلَامَةَ الْمَبِيعِ عَنِ الْعَيْبِ، وَوَصَفُ السَّلَامَةِ يَقُوتُ بِوُجُودِ الْعَيْبِ، فَعِنْدَ قَوَاتِهِ يَتَخَيَّرُ لَأَنَّ الرِّضَا دَاخِلٌ فِي حَقِيقَةِ الْبَيْعِ، وَعِنْدَ قَوَاتِهِ يَنْتَفِي الرِّضَا فَيَتَضَرَّرُ بِلُزُومِ مَا لَا يَرْضَى بِهِ. فَإِنْ قِيلَ: تَقْرِيرُ كَلَامِهِ عَلَى الْوَجْهِ الْمَذْكُورِ يَسْتَلْزِمُ انْتِفَاءَ الْبَيْعِ، لَأَنَّ مُطْلَقَ الْعَقْدِ إِذَا اقْتَضَى وَصْفَ السَّلَامَةِ كَانَ مُسْتَلْزِمًا لَهُ، فَإِذَا فَاتَ اللَّازِمُ انْتَفَى الْمُلْزُومُ.

فَالْجَوَابُ أَنَّ الْمُطْلَقَ يَنْصَرِفُ إِلَى الْكَامِلِ وَهُوَ الْعَقْدُ اللَّازِمُ، وَمِنْ انْتِفَائِهِ لَا يَلْزَمُ انْتِفَاءُ الْعَقْدِ (وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُمَسِّكَهُ وَيَأْخُذَ التَّقْصَانَ) لِأَنَّ الْفَائِتَ وَصَفٌ، إِذَا الْعَيْبُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ بِمَا يُوجِبُ قَوَاتَ جُزْءٍ مِنَ الْمَبِيعِ أَوْ بَعْضِهِ مِنْ حَيْثُ الظَّاهِرُ كَالْعَمَى وَالْعَوَرِ

وَالشَّلَلُ وَالزَّمَانَةُ وَالْأَصْبَحُ النَّاقِصَةُ وَالسِّنُّ السَّوْدَاءُ وَالسِّنُّ السَّاقِطَةُ، وَإِنَّمَا أَنْ يَكُونَ بِمَا يُوجِبُ النُّقْصَانَ مَعْنَى لَا صُورَةَ كَالسُّعَالِ الْقَدِيمِ وَارْتِفَاعِ الْحَيْضِ فِي زَمَانِهِ وَالزَّوْنِ وَالذَّقْرِ وَالْبَحْرِ فِي الْحَارِيَةِ وَفِي ذَلِكَ كُلِّهِ فَوَاتُ وَصْفٍ وَالْأَوْصَافُ لَا يُقَابِلُهَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ، لِأَنَّ الثَّمَنَ إِنَّمَا أَنْ يُقَابَلَ بِالْوَصْفِ وَالْأَصْلُ أَوْ بِالْأَوَّلِ دُونَ الثَّانِي أَوْ بِالْعَكْسِ، لَا سَبِيلَ إِلَى الْأَوَّلِ وَالثَّانِي لئَلَّا يُؤَدِّيَ إِلَى مُزَاحِمَةِ التَّبَعِ الْأَصْلُ فَتَعَيَّنَ الثَّالِثُ (قَوْلُهُ فِي مُجَرَّدِ الْعَقْدِ) احْتِرَازًا عَمَّا إِذَا كَانَتْ الْأَوْصَافُ مَقْصُودَةً بِالتَّنَاولِ كَمَا تَقَدَّمَ (قَوْلُهُ وَلَائِلَهِ لَمْ يَرْضَ بِزَوَالِهِ) دَلِيلٌ آخَرُ عَلَى عَدَمِ جَوَازِ إِمْسَاكِهِ بِأَخْذِ النُّقْصَانِ أَيْ قِيَمَتِهِ أَوْ أَرْضِهِ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الْبَائِعَ لَمْ يَرْضَ بِزَوَالِ الْمَبِيعِ عَنْ مِلْكِهِ بِأَقْلٍ مِنَ الْمُسَمَّى، وَفِي إِمْسَاكِهِ وَأَخْذِ النُّقْصَانِ زَوَالُهُ بِالْأَقْلِ فَلَمْ يَكُنْ مَرْضِيَّهُ، وَعَدَمُ رِضَا الْبَائِعِ بِزَوَالِ الْمَبِيعِ مُنَافٍ لَوْجُودِ الْبَيْعِ فَيَكُونُ إلْزَامًا عَلَى الْبَائِعِ بِلَا بَيْعٍ، وَفِيهِ مِنَ الضَّرَرِ مَا لَا يَخْفَى، وَالْمُشْتَرِي وَإِنْ كَانَ يَتَضَرَّرُ بِالْعَيْبِ أَيْضًا لَكِنْ يُمَكِّنُ تَذَارُكُهُ بَرْدَ الْمَبِيعِ بِدُونِ مَضَرَّةٍ فَلَا ضَرُورَةَ فِي أَخْذِ النُّقْصَانِ. قِيلَ: الْبَائِعُ إِذَا بَاعَ مَعِيْبًا فَإِذَا هُوَ سَلِيمٌ الْبَائِعُ يَتَضَرَّرُ لَمَّا أَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ نَقَصَ الثَّمَنَ عَلَى ظَنِّ أَنَّهُ مَعِيْبٌ وَلَا خِيَارَ لَهُ. وَعَلَى هَذَا فَالْوَاجِبُ إِنَّمَا شُمُولُ الْخِيَارِ لُهُمَا أَوْ عَدَمُهُ لُهُمَا.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْمَبِيعَ كَانَ فِي يَدِ الْبَائِعِ وَتَصَرُّفُهُ وَمُمَارَسَتُهُ طُولَ زَمَانِهِ فَأَنْزَلَ عَالِمًا بِصِفَةِ مِلْكِهِ فَلَا يَكُونُ لَهُ الْخِيَارُ وَإِنْ ظَهَرَ بِخِلَافِهِ. وَأَمَّا الْمُشْتَرِي فَإِنَّهُ مَا رَأَى الْمَبِيعَ، فَلَوْ أَلْزَمْنَا الْعَقْدَ مَعَ الْعَيْبِ تَضَرَّرَ مِنْ غَيْرِ عِلْمٍ حَصَلَ لَهُ فَيَثْبُتُ لَهُ الْخِيَارُ، ثُمَّ الْمُرَادُ مِنَ الْعَيْبِ الْمَوْجِبِ لِلْخِيَارِ عَيْبٌ كَانَ عِنْدَ الْبَائِعِ وَلَمْ يَرَهُ الْمُشْتَرِي عِنْدَ الْبَيْعِ وَلَا عِنْدَ الْقَبْضِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ: أَيْ رُؤْيَا الْعَيْبِ عِنْدَ إِحْدَى الْحَالَيْنِ رِضًا بِالْعَيْبِ دَلَالَةً

قَالَ (وَكُلُّ مَا أَوْجَبَ نَقْصَانَ الثَّمَنِ فِي عَادَةِ التَّجَارِ فَهُوَ عَيْبٌ)؛ لِأَنَّ التَّضَرُّرَ بِنُقْصَانِ الْمَالِيَّةِ، وَذَلِكَ بِإِنْتِقَاصِ الْقِيَمَةِ وَالْمَرْجِعُ فِي مَعْرِفَتِهِ عُرْفُ أَهْلِهِ.

الشرح:

قَالَ (وَكُلُّ مَا أَوْجَبَ نَقْصَانَ الثَّمَنِ) الْعَيْبُ مَا يَخْلُو عَنْهُ أَصْلُ الْفِطْرَةِ السَّلِيمَةِ. وَذَكَرَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ ضَابِطَةً كُلِّيَّةً يُعْلَمُ بِهَا الْعُيُوبُ الْمَوْجِبَةُ لِلْخِيَارِ عَلَى سَبِيلِ الْإِجْمَالِ فَقَالَ (وَكُلُّ مَا أَوْجَبَ نَقْصَانَ الثَّمَنِ فِي عَادَةِ التَّجَارِ فَهُوَ عَيْبٌ لِأَنَّ التَّضَرُّرَ

بِنُقْصَانِ الْمَالِيَّةِ) وَنُقْصَانُ الْمَالِيَّةِ (بِائْتِقَاصِ الْقِيَمَةِ، فَالْتَقْصُ بِائْتِقَاصِ الْقِيَمَةِ وَالْمَرْجِعُ فِي مَعْرِفَتِهِ عُرْفُ أَهْلِهِ).

(وَالْإِبَاقُ وَالْبَوْلُ فِي الْفِرَاشِ وَالسَّرِقَةُ فِي الصَّغِيرِ عَيْبٌ مَا لَمْ يَبْلُغْ، فَإِذَا بَلَغَ فَلَيْسَ ذَلِكَ بِعَيْبٍ حَتَّى يُعَاوِدَهُ بَعْدَ الْبُلُوغِ) وَمَعْنَاهُ: إِذَا ظَهَرَتْ عِنْدَ الْبَائِعِ فِي صِغَرِهِ ثُمَّ حَدَّثَتْ عِنْدَ الْمُشْتَرِي فِي صِغَرِهِ فَلَهُ أَنْ يَرُدَّهُ؛ لِأَنَّهُ عَيْنُ ذَلِكَ، وَإِنْ حَدَّثَتْ بَعْدَ بُلُوغِهِ لَمْ يَرُدَّهُ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُهُ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ سَبَبَ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ يَخْتَلِفُ بِالصَّغَرِ وَالْكِبَرِ، فَالْبَوْلُ فِي الْفِرَاشِ فِي الصَّغَرِ لَضَعْفِ الْمَنَانَةِ، وَبَعْدَ الْكِبَرِ لِدَاءٍ فِي بَاطِنِهِ، وَالْإِبَاقُ فِي الصَّغَرِ لِحُبِّ اللَّعِبِ وَالسَّرِقَةُ لِقِلَّةِ الْمَبَالَاةِ، وَهُمَا بَعْدَ الْكِبَرِ لِحُبِّهِ فِي الْبَاطِنِ، وَالْمُرَادُ مِنَ الصَّغِيرِ مَنْ يَعْقِلُ، فَأَمَّا الَّذِي لَا يَعْقِلُ فَهُوَ ضَالٌّ لَا أَبَقَ فَلَا يَتَحَقَّقُ عَيْبًا.

الشرح:

قَالَ (وَالْإِبَاقُ وَالْبَوْلُ فِي الْفِرَاشِ وَالسَّرِقَةُ عَيْبٌ فِي الصَّغِيرِ) الَّذِي يَعْقِلُ إِذَا أَبَقَ مِنْ مَوْلَاهُ مَا دُونَ السَّرْرِ مِنَ الْمَصْرِ إِلَى الْقَرْيَةِ أَوْ بِالْعَكْسِ، فَذَلِكَ عَيْبٌ لِأَنَّهُ يُفَوِّتُ الْمَنَافِعَ عَلَى الْمَوْلَى، وَالسَّرُّ وَمَا دُونُهُ فِيهِ سَوَاءٌ، فَلَوْ أَبَقَتْ الْجَارِيَةُ مِنَ الْغَاصِبِ إِلَى مَوْلَاهَا فَلَيْسَ بِإِبَاقٍ، وَإِنْ أَبَقَتْ مِنْهُ وَلَمْ تَرْجِعْ إِلَى مَوْلَاهَا عَالِمَةً بِمَنْزِلِهِ وَتَقْوَى عَلَى الرُّجُوعِ إِلَيْهِ فَهُوَ عَيْبٌ، وَإِنْ فَاتَ أَحَدُهُمَا فَلَيْسَ بِعَيْبٍ، وَإِذَا بَالَ فِي الْفِرَاشِ وَهُوَ مُمَيِّزٌ يَأْكُلُ وَحْدَهُ وَيَشْرَبُ وَحْدَهُ فَكَذَلِكَ، وَإِذَا سَرَقَ دِرْهَمًا مِنْ مَوْلَاهُ أَوْ مِنْ غَيْرِهِ فَكَذَلِكَ لِإِخْلَافِهَا بِالْمَقْصُودِ لِأَنَّهُ لَا يَأْمَنُهُ عَلَى مَالِهِ وَيَشُقُّ عَلَيْهِ حِفْظُ مَالِهِ عَلَى الدَّوَامِ وَتُقْطَعُ يَدُهُ فِي سَرِقَةِ مَالٍ غَيْرِهِ فَيَكُونُ عَيْبًا بِلَا تَفْرِقَةٍ بَيْنَ الْمَوْلَى وَغَيْرِهِ إِلَّا فِي الْمَأْكُولَاتِ لِلأَكْلِ، فَإِنْ سَرَقَهَا مِنْ مَوْلَاهَا لَيْسَتْ بِعَيْبٍ، فَإِذَا وَجِدَتْ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ مِنَ الصَّغِيرِ عِنْدَ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي فِي حَالِ صِغَرِهِ فَهُوَ عَيْبٌ يُرَدُّ بِهِ، وَإِذَا وَجِدَتْ عِنْدَهُمَا فِي حَالِ كِبَرِهِ فَكَذَلِكَ. وَأَمَّا إِذَا اخْتَلَفَ فَكَانَ عِنْدَ الْبَائِعِ فِي صِغَرِهِ وَعِنْدَ الْمُشْتَرِي فِي كِبَرِهِ فَلَا يُرَدُّ بِهِ لِأَنَّ سَبَبَ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ مُخْتَلِفٌ بِالصَّغَرِ وَالْكِبَرِ عَلَى مَا قَالَ فِي الْكِتَابِ.

قَالَ (وَالْجُنُونُ فِي الصَّغَرِ عَيْبٌ أَبَدًا) وَمَعْنَاهُ: إِذَا جُنَّ فِي الصَّغَرِ فِي يَدِ الْبَائِعِ ثُمَّ عَاوَدَهُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي فِيهِ أَوْ فِي الْكِبَرِ يَرُدُّهُ؛ لِأَنَّهُ عَيْنُ الْأَوَّلِ، إِذِ السَّبَبُ فِي الْحَالَيْنِ مُتَّحِدٌ وَهُوَ فَسَادُ الْبَاطِنِ، وَلَيْسَ مَعْنَاهُ أَنَّهُ لَا يَشْتَرِطُ الْمَعَاوَدَةُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَادِرٌ

عَلَى إِزَالَتِهِ وَإِنْ كَانَ قَلَمًا يَزُولُ فَلَا بُدَّ مِنَ الْمَعَاوَدَةِ لِلرَّدِّ.

الشرح:

قَالَ (وَالْجُنُونُ فِي الصَّغَرِ عَيْبٌ أَبَدًا) مَعْنَاهُ: أَنَّ الْجُنُونَ فَارَقَ الْعُيُوبَ الْمَذْكُورَةَ فِي عَدَمِ اشْتِرَاطِ اتِّحَادِ الْحَالَتَيْنِ، لِأَنَّ السَّبَبَ فِي الْحَالَتَيْنِ وَاحِدٌ وَهُوَ فَسَادُ الْبَاطِنِ، فَإِذَا جُنَّ فِي يَدِ الْبَائِعِ فِي صِغَرِهِ يَوْمًا أَوْ سَاعَةً ثُمَّ عَاوَدَهُ عِنْدَ الْمُشْتَرِي فِي كِبَرِهِ يُرَدُّ بِهِ، وَلَيْسَ مَعْنَاهُ أَنَّ الْمَعَاوَدَةَ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي بِشَرْطِ كَمَا مَالَ إِلَيْهِ شَمْسُ الْأَئِمَّةِ الْحُلَوَانِيِّ وَشَيْخِ الْإِسْلَامِ، وَهُوَ رِوَايَةُ الْمُتَّقَى بِنَاءً عَلَى أَنَّ أَثَارَهُ لَا تَرْتَفِعُ، وَذَلِكَ تَبَيَّنَ فِي حَمَالِيقِ عَيْنَيْهِ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَادِرٌ عَلَى إِزَالَتِهِ بِحَيْثُ لَا يَبْقَى مِنْ أَثَرِهِ شَيْءٌ، وَالْأَصْلُ فِي الْعَقْدِ اللَّزُومِ فَلَا يَثْبُتُ وَلَايَةُ الرَّدِّ إِلَّا بِالْمَعَاوَدَةِ وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْأَصْلِ وَالْجَامِعِ الْكَبِيرِ.

(قَالَ: وَالْبَخْرُ وَالذَّفَرُ عَيْبٌ فِي الْجَارِيَةِ): لِأَنَّ الْمَقْصُودَ قَدْ يَكُونُ الاسْتِفْرَاشُ وَطَلَبُ الْوَلَدِ وَهُمَا يُخْلَانِ بِهِ، وَلَيْسَ بِعَيْبٍ فِي الْغَلَامِ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ الْاسْتِخْدَامَ وَلَا يُخْلَانِ بِهِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِنْ دَاءٍ؛ لِأَنَّ الدَّاءَ عَيْبٌ (وَالزَّنَا وَوَلَدُ الزَّنَا عَيْبٌ فِي الْجَارِيَةِ دُونَ الْغَلَامِ)؛ لِأَنَّهُ يُخِلُّ بِالْمَقْصُودِ فِي الْجَارِيَةِ وَهُوَ الاسْتِفْرَاشُ وَطَلَبُ الْوَلَدِ، وَلَا يُخِلُّ بِالْمَقْصُودِ فِي الْغَلَامِ وَهُوَ الْاسْتِخْدَامُ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الزَّنَا عَادَةً لَهُ عَلَى مَا قَالُوا؛ لِأَنَّ اتِّبَاعَهُنَّ يُخِلُّ بِالْخِدْمَةِ.

الشرح:

قَالَ (وَالذَّفَرُ وَالْبَخْرُ عَيْبٌ فِي الْجَارِيَةِ) الذَّفَرُ: رَائِحَةٌ مُؤْذِيَةٌ تَجِيءُ مِنَ الْإِبْطِ، وَالذَّفَرُ بِالذَّالِ الْمُعْجَمَةِ: شِدَّةُ الرَّائِحَةِ طَبِيعَةً كَانَتْ أَوْ كَرِهَةً، وَمِنْهُ مِسْكٌ أَذْفَرُ وَإِبْطٌ ذَفْرَاءُ وَهُوَ مُرَادُ الْفُقَهَاءِ مِنْ قَوْلِهِمُ الذَّفَرُ عَيْبٌ فِي الْجَارِيَةِ، وَهَكَذَا فِي الرِّوَايَةِ. وَالْبَخْرُ: تَنْتُ رَائِحَةُ الْفَمِ، كُلُّ مِنْهَا عَيْبٌ فِي الْجَارِيَةِ لِلْإِخْلَالِ بِمَا عَسَى يَكُونُ مَقْصُودًا وَهُوَ الاسْتِفْرَاشُ، وَلَيْسَ بِعَيْبٍ فِي الْغَلَامِ لِأَنَّهُ لَا يُخِلُّ بِالْخِدْمَةِ الْمَقْصُودَةِ مِنْهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ فَاحِشًا لَا يَكُونُ فِي النَّاسِ مِثْلُهُ.

لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ مِنْ دَاءٍ وَالدَّاءُ نَفْسُهُ يَكُونُ عَيْبًا، وَالزَّنَا وَوَلَدُ الزَّنَا عَيْبٌ فِي الْجَارِيَةِ دُونَ الْغَلَامِ، لِأَنَّ الْأَوَّلَ يُخِلُّ بِالْاسْتِفْرَاشِ وَالثَّانِي بِطَلَبِ الْوَلَدِ، فَإِنَّ الْوَلَدَ يُعَيَّرُ بِزَنَائِمِهِ وَلَيْسَا بِمُخْلِينَ فِي الْمَقْصُودِ مِنَ الْغَلَامِ وَهُوَ الْاسْتِخْدَامُ، إِلَّا أَنْ يَتَكَرَّرَ ذَلِكَ مِنْهُ عَلَى مَا قَالَ الْمَشَائِخُ فَإِنَّهُ يَصِيرُ عَادَةً وَيُحْتَاجُ إِلَى اتِّبَاعِهِنَّ وَهُوَ مُخِلٌّ بِالْخِدْمَةِ.

قَالَ (وَالْكُفْرُ عَيْبٌ فِيهِمَا)؛ لِأَنَّ طَبَعَ الْمُسْلِمِ يَنْفِرُ عَنْ صُحْبَتِهِ؛ وَلِأَنَّهُ يَمْتَنِعُ صَرْفُهُ فِي بَعْضِ الْكَفَّارَاتِ فَتَخْتَلُ الرُّغْبَةُ، فَلَوْ اشْتَرَاهُ عَلَى أَنَّهُ كَافِرٌ فَوَجَدَهُ مُسْلِمًا لَا يَرُدُّهُ؛ لِأَنَّهُ زَوَالَ الْعَيْبِ. وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ يَرُدُّهُ؛ لِأَنَّ الْكَافِرَ يُسْتَعْمَلُ فِيمَا لَا يُسْتَعْمَلُ فِيهِ الْمُسْلِمُ، وَفَوَاتُ الشَّرْطِ بِمَنْزِلَةِ الْعَيْبِ.

الشرح:

قَالَ (وَالْكُفْرُ عَيْبٌ فِيهِمَا) الْكُفْرُ عَيْبٌ فِي الْجَارِيَةِ وَالْغَلَامِ لِأَنَّ طَبَعَ الْمُسْلِمِ يَنْفِرُ عَنْ صُحْبَتِهِ، وَالثُّفْرَةُ عَنْ الصُّحْبَةِ تُؤَدِّي إِلَى قِلَةِ الرُّغْبَةِ وَهِيَ تُؤَثِّرُ فِي تَقْصَانِ الثَّمَنِ فَيَكُونُ عَيْبًا، وَلِأَنَّهُ يَمْتَنِعُ صَرْفُهُ عَنْ كَفَّارَةِ الْقَتْلِ بِالْإِثْفَاقِ، وَعَنْ كَفَّارَتِي الْيَمِينِ وَالظُّهَارِ عِنْدَ بَعْضٍ فَيَحِلُّ بِالرُّغْبَةِ، فَإِنْ اشْتَرَاهُ عَلَى أَنَّهُ مُسْلِمٌ فَوَجَدَهُ كَافِرًا فَلَا شُبْهَةَ فِي الرَّدِّ، فَإِنْ اشْتَرَاهُ عَلَى أَنَّهُ كَافِرٌ فَوَجَدَهُ مُسْلِمًا لَمْ يَرُدَّ عِنْدَنَا لِأَنَّهُ زَوَالَ الْعَيْبِ وَزَوَالَ الشَّيْءِ لَا يَكُونُ إِيَّاهُ، كَمَا إِذَا اشْتَرَى مَعِيًا فَإِذَا هُوَ سَلِيمٌ، فَعَلَى هَذَا ذَكَرَ الْكُفْرَ فِيمَا اشْتَرَاهُ عَلَى أَنَّهُ كَافِرٌ لِلْبَرَاءَةِ عَنْ عَيْبِ الْكُفْرِ لَا لِلشَّرْطِ بِأَنَّهُ يُوجَدُ فِيهِ هَذَا الْوَصْفُ الْقَبِيحُ لَا مَحَالَةَ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَرُدُّ بِهِ لِأَنَّهُ قَاتَ شَرْطَ مَرْغُوبٍ، لِأَنَّ الْأَوَّلَى بِالْمُسْلِمِ أَنْ يَسْتَعِيدَ الْكَافِرَ وَكَانَ السَّلْفُ يَسْتَعِيدُونَ الْعُلُوجَ. وَالْجَوَابُ أَنَّ هَذَا أَمْرٌ رَاجِعٌ إِلَى الدِّيَانَةِ وَلَا عِبْرَةَ بِهِ فِي الْمُعَامَلَاتِ.

(قَالَ: فَلَوْ كَانَتِ الْجَارِيَةُ بِالْعَقَّةِ لَا تَحِيضُ أَوْ هِيَ مُسْتَحَاضَةٌ فَهُوَ عَيْبٌ)؛ لِأَنَّ ارْتِفَاعَ الدَّمِّ وَاسْتِمْرَارَهُ عَلَامَةُ الدَّاءِ، وَيُعْتَبَرُ فِي الارتفاعِ أَقْصَى غَايَةِ الْبُلُوغِ وَهُوَ سَبْعَ عَشْرَةَ سَنَةً فِيهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَيُعْرَفُ ذَلِكَ بِقَوْلِ الْأَمَةِ فَتَرُدُّ إِذَا انْضَمَّ إِلَيْهِ تَكْوُلُ الْبَائِعِ قَبْلَ الْقَبْضِ وَبَعْدَهُ وَهُوَ الصَّحِيحُ.

الشرح:

فَلَوْ كَانَتِ الْجَارِيَةُ بِالْعَقَّةِ لَا تَحِيضُ بِأَنَّ ارْتِفَاعَ عَنْهَا فِي أَقْصَى غَايَةِ الْبُلُوغِ وَهُوَ سَبْعَ عَشْرَةَ سَنَةً فِيهَا عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَادَّعَى الْمُشْتَرِي بَعْدَ ثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الشِّرَاءِ فِيمَا رُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَوْ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرَ فِيمَا رُوِيَ عَنْ مُحَمَّدٍ أَوْ سِتِّينَ فِيمَا رُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَزَفَرُ رَحِمَهُمُ اللَّهُ أَنَّهَا لَمْ تَحِضْ لِحَبْلِ بِهَا أَوْ لِدَاءِ كَانَ ذَلِكَ عَيْبًا تَرُدُّ بِهِ، وَالْمَرْجِعُ فِي الْحَبْلِ قَوْلُ النَّسَاءِ.

وَيُكْفَى بِقَوْلِ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ فِي حَقِّ سَمَاعِ الْخُصُومَةِ، وَفِي الدَّاءِ قَوْلُ الْأَطْبَاءِ يُقْبَلُ فِيهِ قَوْلُ عَدْلَيْنِ. وَقَالَ أَبُو الْمُعِينِ: يَكْفِي قَوْلُ عَدْلٍ وَاحِدٍ مِنْهُمْ. وَقَيَّدْنَا بِأَنْ تَكُونَ الدَّعْوَةُ بَعْدَ الْمُدَّةِ الْمَذْكُورَةِ، لِأَنَّهُ إِذَا ادَّعَى فِي مُدَّةٍ قَصِيرَةٍ لَا يَلْزِمُ الْقَاضِيَ الْإِصْغَاءَ إِلَى ذَلِكَ، وَبِأَنْ تَكُونَ دَعْوَاهُ مُشْتَمِلَةً عَلَى انْضِمَامِ الْحَبْلِ إِلَى انْقِطَاعِ الْحَيْضِ، أَوْ عَلَى انْضِمَامِ الدَّاءِ إِلَيْهِ لِأَنَّ الارتفاعَ بِدُونِ هَذَيْنِ الْأَمْرَيْنِ لَا يُعَدُّ عَيْبًا، وَكَذَا إِذَا بَلَغَتْ الْمُدَّةُ الْمَذْكُورَةُ وَحَاضَتْ وَلَمْ يَنْقَطِعْ كَانَ ذَلِكَ عَيْبًا، لِأَنَّ ارتفاعَ الدَّمِّ واستمراره علامةُ الدَّاءِ، لِأَنَّ الْعَادَةَ فِي التِّي خُلِقَتْ عَلَى السَّلَامَةِ الْحَيْضُ فِي أَوَانِهِ وَالْمَعَاوَدَةُ عَلَى وَجْهِ لَا يَدُومُ، فَإِذَا جَاوَزَتْ أَقْصَى الْعَدَدِ وَهُوَ سَبْعَةُ عَشْرَةِ سَنَةً وَلَمْ تَحْضْ أَوْ حَاضَتْ وَلَمْ يَنْقَطِعْ كَانَ ذَلِكَ لَدَاءً فِي بَطْنِهَا وَالدَّاءُ عَيْبٌ، وَيُعرفُ ذَلِكَ: أَيْ الارتفاعُ والاستمرارُ بقَوْلِ الْأُمَةِ، فَإِنْ أَنْكَرَ الْبَائِعُ ذَلِكَ لَا تُرَدُّ عَلَيْهِ إِلَّا بِحُجَّةٍ، وَلَا يُقْبَلُ فِيهِ قَوْلُ الْأُمَةِ وَحْدَهَا فَيَسْتَحْلِفُ الْبَائِعُ، فَإِنْ نَكَلَ تُرَدُّ عَلَيْهِ بِنُكُولِهِ سَوَاءً كَانَ قَبْلَ الْقَبْضِ أَوْ بَعْدَهُ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، وَهُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّ شَهَادَةَ النِّسَاءِ فِيمَا لَا يَطْلُعُ عَلَيْهِ الرِّجَالُ مُقْبُولَةٌ فِي تَوَجُّهِ الْخُصُومَةِ فَقَطُّ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهَا تُرَدُّ قَبْلَ الْقَبْضِ بِقَوْلِ الْأُمَةِ وَبِشَهَادَةِ النِّسَاءِ لِأَنَّ الْعَقْدَ قَبْلَ الْقَبْضِ لَمْ يَتَأَكَّدْ فَجَازَ أَنْ يُفْسَخَ بِشَهَادَتِهِنَّ

(قَالَ: وَإِذَا حَدَّثَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي عَيْبٌ فَاطْلَعَ عَلَى عَيْبٍ كَانَ عِنْدَ الْبَائِعِ فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ بِالنَّقْصَانِ وَلَا يَرُدُّ الْمَبِيعَ؛ لِأَنَّ فِي الرَّدِّ إِضْرَارًا بِالْبَائِعِ؛ لِأَنَّهُ خَرَجَ عَنْ مِلْكِهِ سَلَامًا، وَيَعُودُ مَعْيَبًا فَامْتَنَعَ، وَلَا بُدَّ مِنْ دَفْعِ الضَّرَرِ عَنْهُ فَتَعَيَّنَ الرَّجُوعُ بِالنَّقْصَانِ إِلَّا أَنْ يَرْضَى الْبَائِعُ أَنْ يَأْخُذَهُ بِعَيْبِهِ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِالضَّرَرِ.

الشرح:

(قَالَ: وَإِذَا حَدَّثَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي عَيْبٌ) إِذَا حَدَّثَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي عَيْبٌ بِأَفَةِ سَمَاوِيَّةٍ أَوْ غَيْرِهَا ثُمَّ اطَّلَعَ عَلَى عَيْبٍ كَانَ عِنْدَ الْبَائِعِ فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ بِنَقْصَانِ الْعَيْبِ بِأَنْ يُقَوِّمَ الْمَبِيعَ سَلِيمًا عَنِ الْعَيْبِ الْقَدِيمِ وَمَعْيَبًا بِهِ فَمَا كَانَ بَيْنَهُمَا مِنْ عَشْرِ أَوْ ثَمْنٍ أَوْ سُدُسٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ يَرْجِعُ بِهِ عَلَيْهِ (وَلَا يَرُدُّ الْمَبِيعَ لِأَنَّ فِي الرَّدِّ إِضْرَارًا بِالْبَائِعِ) بِخُرُوجِ الْمَبِيعِ مِنْ مِلْكِهِ سَلِيمًا مِنَ الْعَيْبِ الْحَادِثِ وَعَوْدِهِ إِلَيْهِ مَعْيَبًا بِهِ وَإِلِضْرَارًا مُمْتَنِعٍ (وَلَا بُدَّ مِنْ دَفْعِ الضَّرَرِ عَنْهُ) أَيْ عَنِ الْبَائِعِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَعُودَ إِلَى الْمُشْتَرِي لِأَنَّهُ أَيْضًا يَنْضَرُّ

بِالْعَيْبِ، لِأَنَّ مُطْلَقَ الْعَقْدِ يَقْضِي السَّلَامَةَ، وَالرُّجُوعُ طَرِيقٌ صَالِحٌ لِلدَّفْعِ فَتَعَيَّنَ مَدْفَعًا، إِلَّا أَنْ يَرْضَى الْبَائِعُ أَنْ يَأْخُذَهُ بِعَيْبِهِ الْحَادِثِ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِالضَّرَرِ، وَالرِّضَا إِسْقَاطُ لِحَقِّهِ كَمَا أَنَّ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَرْضَى أَنْ يَأْخُذَهُ بِعَيْبِهِ الْقَدِيمِ. فَإِنْ قِيلَ: أَيْنَ قَوْلُكُمْ الْأَوْصَافُ لَا يُقَابِلُهَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ.

أُجِيبَ بِأَنَّهَا إِذَا صَارَتْ مَقْصُودَةً بِالتَّنَاوُلِ حَقِيقَةً أَوْ حُكْمًا كَانَ لَهَا حِصَّةٌ مِنَ الثَّمَنِ، وَهَاهُنَا كَذَلِكَ كَمَا مَرَّ.

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى ثَوْبًا فَقَطَعَهُ فَوَجَدَ بِهِ عَيْبًا رَجَعَ بِالْعَيْبِ)؛ لِأَنَّهُ امْتَنَعَ الرُّدَّ بِالْقَطْعِ فَإِنَّهُ عَيْبٌ حَادِثٌ (فَإِنْ قَالَ الْبَائِعُ: أَنَا أَقْبَلُهُ كَذَلِكَ كَانَ لَهُ ذَلِكَ)؛ لِأَنَّ الْاِمْتِنَاعَ لِحَقِّهِ وَقَدْ رَضِيَ بِهِ (فَإِنْ بَاعَهُ الْمُشْتَرِي لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ)؛ لِأَنَّ الرُّدَّ غَيْرُ مُمْتَنِعٍ بِرِضَا الْبَائِعِ فَيَصِيرُ هُوَ بِالْبَيْعِ حَاسِبًا لِلْمَبِيعِ فَلَا يَرْجِعُ بِالنُّقْصَانِ (فَإِنْ قَطَعَ الثَّوبَ وَخَاطَهُ أَوْ صَبَّغَهُ أَحْمَرَ، أَوْ لَتَ السُّوَيْقَ بِسَمَنِ ثُمَّ أَطْلَعَ عَلَى عَيْبٍ رَجَعَ بِنُقْصَانِهِ) لَا امْتِنَاعَ الرُّدِّ بِسَبَبِ الزِّيَادَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا وَجَهَ إِلَى الْفَسْخِ فِي الْأَصْلِ بِدُونِهَا؛ لِأَنَّهَا لَا تَنْفَكُ عَنْهُ، وَلَا وَجَهَ إِلَيْهِ مَعَهَا؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ لَيْسَتْ بِمَبِيعَةٍ فَامْتَنَعَ أَصْلًا (وَلَيْسَ لِلْبَائِعِ أَنْ يَأْخُذَهُ)؛ لِأَنَّ الْاِمْتِنَاعَ لِحَقِّ الشَّرْعِ لَا لِحَقِّهِ (فَإِنْ بَاعَهُ الْمُشْتَرِي بَعْدَمَا رَأَى الْعَيْبَ رَجَعَ بِالنُّقْصَانِ) لِأَنَّ الرُّدَّ مُمْتَنِعٌ أَصْلًا قَبْلَهُ فَلَا يَكُونُ بِالْبَيْعِ حَاسِبًا لِلْمَبِيعِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى ثَوْبًا فَقَطَعَهُ) وَمَنْ اشْتَرَى ثَوْبًا فَقَطَعَهُ (فَوَجَدَهُ مَعِيًا رَجَعَ بِالْعَيْبِ لَا امْتِنَاعَ الرُّدِّ بِالْقَطْعِ) الَّذِي هُوَ عَيْبٌ حَادِثٌ. لَا يُقَالُ: الْبَائِعُ يَتَضَرَّرُ بِرَدِّهِ مَعِيًا وَالْمُشْتَرِي بِعَدَمِ رَدِّهِ، فَكَانَ الْوَاجِبُ تَرْجِيحَ جَانِبِ الْمُشْتَرِي فِي دَفْعِ الضَّرَرِ لِأَنَّ الْبَائِعَ غَرَّهُ بِتَدْلِيسِ الْعَيْبِ.

لَأَنَّا نَقُولُ: الْمَعْصِيَةُ لَا تَمْنَعُ عِصْمَةَ الْمَالِ كَالْعَاصِبِ إِذَا صَنَعَ الْمَعْصُوبَ فَكَانَ فِي شَرْعِ الرُّجُوعِ بِالْعَيْبِ نَظَرٌ لِهُمَا، وَفِي إلْزَامِ الرُّدِّ بِالْعَيْبِ الْحَادِثِ إِضْرَارٌ لِلْبَائِعِ لَا لِفِعْلِهِ بَاشَرَةٌ، وَفِي عَدَمِ الرُّدِّ وَإِنْ كَانَ إِضْرَارًا بِالْمُشْتَرِي لَكِنْ لِعَجْزِهِ بِمَا بَاشَرَهُ فَكَانَا سَوَاءً فَاعْتَبِرْ مَا هُوَ أَنْظَرُ لِهُمَا، إِلَّا إِذَا قَالَ الْبَائِعُ أَنَا أَقْبَلُهُ كَذَلِكَ فَإِنَّ لَهُ ذَلِكَ لِأَنَّ الْاِمْتِنَاعَ عَنِ الرُّدِّ كَانَ لِحَقِّهِ وَقَدْ رَضِيَ بِهِ فَكَانَ إِسْقَاطًا لِحَقِّهِ. فَإِنْ قِيلَ: مَا الْفَرْقُ بَيْنَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ

وَيَنْ مَا إِذَا اشْتَرَى بَعِيرًا فَتَحَرَهُ فَلَمَّا شَقَّ بَطْنَهُ وَجَدَ أَمْعَاءَهُ فَاسِدَةً فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ فِيهِ
بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

أُجِيبَ بِأَنَّ التَّحَرَّ إِفْسَادٌ لِلْمَالِيَّةِ لَصِيرُورَةِ الْبَعِيرِ بِهِ عُرْضَةً لِلتَّنَنِ وَالْفَسَادِ، وَلِهَذَا لَا
تُقَطَّعُ يَدُ السَّارِقِ بِسَرِقَتِهِ فَيَحْتَثُلُ مَعْنَى قِيَامِ الْمَبِيعِ، فَإِنْ بَاعَهُ الْمُشْتَرِي يَعْني بَعْدَ الْقَطْعِ ثُمَّ
عَلِمَ بِالْعَيْبِ لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ لِأَنَّهُ جَازَ أَنْ يَقُولَ الْبَائِعُ كُنْتُ أَقْبَلُهُ كَذَلِكَ فَلَمْ يَكُنْ الرَّدُّ
مُتَمَتِّعًا بِرِضَا الْبَائِعِ، فَإِنَّ الْمُشْتَرِي يَصِيرُ بِالْعَيْبِ حَاسِبًا الْمَبِيعَ وَلَا رُجُوعَ بِالنُّقْصَانِ إِذْ
ذَاكَ لِإِمْكَانِ رَدِّ الْمَبِيعِ وَأَخْذِ الثَّمَنِ لَوْلَا الْبَيْعُ، وَلَوْ قُطِعَ الثُّوبُ وَخَاطَهُ أَوْ صَبَّغَهُ أَحْمَرُ أَوْ
لَتَّ السَّوِيْقُ بِسَمْنٍ ثُمَّ أُطْلِعَ عَلَى عَيْبٍ رَجَعَ بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ لِأَنَّ الرَّدَّ قَدْ امْتَنَعَ بِسَبَبِ
الزِّيَادَةِ، لِأَنَّ الْفَسْخَ إِمَّا أَنْ يَرِدَ عَلَى الْأَصْلِ بِدُونِ الزِّيَادَةِ أَوْ عَلَيْهِ مَعَهَا وَلَا سَبِيلَ إِلَى
شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ .

أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَأَنَّهَا لَا تَنْفَكُ عَنْهُ. وَأَمَّا الثَّانِي فَلَأَنَّ الزِّيَادَةَ لَيْسَتْ بِمَبِيعَةٍ وَالْفَسْخُ لَا
يَرُدُّ إِلَّا عَلَى مَحَلِّ الْعَقْدِ وَالْإِمْتِنَاعُ بِسَبَبِ الزِّيَادَةِ فِي حَقِّ الشَّرْعِ لِكَوْنِهِ رَبًّا فَلَيْسَ لِلْبَائِعِ
أَنْ يَقُولَ أَنَا أَخَذْتُهُ فَتَعَيَّنَ الرَّجُوعُ بِالْعَيْبِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ. وَلَا يُشْكَلُ بِالزِّيَادَةِ الْمُتَّصِلَةِ
الْمُتَوَلِّدَةِ مِنَ الْبَيْعِ كَالسَّمَنِ وَالْجَمَالِ فَإِنَّهَا لَا تَمْنَعُ الرَّدَّ بِالْعَيْبِ لِأَنَّ فُسْخَ الْعَقْدِ فِي
الزِّيَادَةِ مُمَكِّنٌ تَبَعًا لِلأَصْلِ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ هُنَا تَمَحَّضَتْ تَبَعًا لِلأَصْلِ بِاعْتِبَارِ التَّوَلَّدِ. بِخِلَافِ
الصَّبْغِ وَالْحِيَاظَةِ.

وَأَعْلَمُ أَنَّ الزِّيَادَةَ إِمَّا مُتَّصِلَةٌ أَوْ مُنْفَصِلَةٌ، وَكُلُّ مِنْهُمَا إِمَّا مُتَوَلِّدَةٌ مِنَ الْمَبِيعِ أَوْ غَيْرُ
مُتَوَلِّدَةٍ. فَالْمُتَّصِلَةُ الْمُتَوَلِّدَةُ مِنَ الْمَبِيعِ كَالْجَمَالِ وَالْحُسْنِ لَا تَمْنَعُ الرَّدَّ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ،
وغيرُ الْمُتَوَلِّدَةِ كَالصَّبْغِ وَالْحِيَاظَةِ تَمْنَعُ عَنْهُ بِالْإِتِّفَاقِ، وَالْمُنْفَصِلَةُ الْمُتَوَلِّدَةُ كَالْوَلَدِ وَالثَّمَرِ
تَمْنَعُ مِنْهُ لَمَّا مَرَّ مِنَ التَّغْلِيلِ، وَغَيْرُ الْمُتَوَلِّدَةِ كَالْكَسْبِ لَا تَمْنَعُ، لَكِنَّ طَرِيقَ ذَلِكَ أَنْ
يُفْسَخَ الْعَقْدُ فِي الْأَصْلِ دُونَ الزِّيَادَةِ وَتُسَلِّمَ الزِّيَادَةُ لِلْمُشْتَرِي مَجَانًّا، بِخِلَافِ الْوَلَدِ.

وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الْكَسْبَ لَيْسَ بِمَبِيعٍ بِحَالٍ مَا لِأَنَّهُ تَوَلَّدَ مِنَ الْمَنَافِعِ، وَالْمَنَافِعُ غَيْرُ
الْأَعْيَانِ وَلِهَذَا كَانَتْ مَنَافِعُ الْحُرَّةِ مَالًا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ الْحُرُّ مَالًا وَالْوَلَدُ مُتَوَلَّدٌ مِنَ الْمَبِيعِ
فَيَكُونُ لَهُ حُكْمُ الْمَبِيعِ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ تُسَلَّمَ لَهُ مَجَانًّا لَمَّا فِيهِ مِنَ الرَّبَا، فَإِنْ بَاعَ الْمُشْتَرِي
الثُّوبَ الْمَخِيطَ أَوْ الثُّوبَ الْمَصْبُوغَ بِالْحُمْرَةِ أَوْ السَّوِيْقَ الْمَلْتُوتَ بِالسَّمْنِ بَعْدَ مَا رَأَى

الْعَيْبَ رَجَعَ بِالنُّقْصَانِ لِأَنَّ الرَّدَّ كَانَ مُمْتَنِعًا قَبْلَ الْبَيْعِ فَلَا يَكُونُ الْمُشْتَرِي بِالْبَيْعِ حَابِسًا بِالْمَبِيعِ، وَلَوْ كَانَ الْبَيْعُ قَبْلَ الْخِيَاطَةِ كَانَ حَابِسًا، وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ أَنَّ كُلَّ مَوْضِعٍ يَكُونُ الْمَبِيعُ قَائِمًا فِيهِ عَلَى مِلْكِ الْمُشْتَرِي وَيُمْكِنُهُ الرَّدُّ بِرِضَا الْبَائِعِ، فَإِنْ أَخْرَجَهُ عَنْ مِلْكِهِ لَا يَرْجِعُ بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ، وَكُلُّ مَوْضِعٍ يَكُونُ الْمَبِيعُ قَائِمًا فِيهِ عَلَى مِلْكِ الْمُشْتَرِي وَيُمْكِنُهُ الرَّدُّ وَإِنْ رَضِيَ بِهِ الْبَائِعُ، فَإِنْ أَخْرَجَهُ عَنْ مِلْكِهِ رَجَعَ بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ

وَعَنْ هَذَا (قُلْنَا: إِنْ مَنْ اشْتَرَى ثَوْبًا فَقَطَعَهُ لِبَاسًا لَوْلَدِهِ الصَّغِيرِ وَخَاطَهُ ثُمَّ أَطْلَعَ عَلَى عَيْبٍ لَا يَرْجِعُ بِالنُّقْصَانِ، وَلَوْ كَانَ الْوَلَدُ كَبِيرًا يَرْجِعُ؛ لِأَنَّ التَّمْلِيكَ حَصَلَ فِي الْأَوَّلِ قَبْلَ الْخِيَاطَةِ، وَفِي الثَّانِي بَعْدَهَا بِالتَّسْلِيمِ إِلَيْهِ).

الشرح:

(وَعَنْ هَذَا) أَيُّ عَمَّا قُلْنَا إِنْ الْمُشْتَرِي مَتَى كَانَ حَابِسًا لِلْمَبِيعِ لَا يَرْجِعُ بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ وَمَتَى لَمْ يَكُنْ حَابِسًا يَرْجِعُ (قُلْنَا: إِنْ مَنْ اشْتَرَى ثَوْبًا فَقَطَعَهُ لِبَاسًا لَوْلَدِهِ الصَّغِيرِ وَخَاطَهُ ثُمَّ أَطْلَعَ عَلَى عَيْبٍ لَمْ يَرْجِعُ بِالنُّقْصَانِ) لِأَنَّ التَّمْلِيكَ حَصَلَ قَبْلَ الْخِيَاطَةِ، لِأَنَّهُ لَمَّا قَطَعَهُ لِبَاسًا لَهُ كَانَ وَاهِبًا لَهُ وَقَابِضًا لِأَجَلِهِ فَتَمَّ هِبَةُ بِنَفْسِ الْإِبْجَابِ وَقَامَتْ يَدُهُ مَقَامَ يَدِ الصَّغِيرِ.

فَالْقَطْعُ عَيْبٌ حَادِثٌ وَلِلْمُشْتَرِي الرَّجُوعُ بِالنُّقْصَانِ وَلِلْبَائِعِ أَنْ يَقُولَ أَنَا أَقْبَلُهُ كَذَلِكَ، لَكِنْ بِاعْتِبَارِ أَنَّ الْقَطْعَ لِلْوَلَدِ الصَّغِيرِ وَهُوَ تَمْلِيكَ لَهُ صَارَ حَابِسًا لِلْمَبِيعِ فَيَمْتَنِعُ الرَّجُوعُ بِالْعَيْبِ، وَهَذِهِ نَظِيرُ مَا إِذَا بَاعَ بَعْدَ الْقَطْعِ قَبْلَ الْخِيَاطَةِ، وَعَلَى هَذَا ذَكَرَ الْخِيَاطَةَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ لَيْسَ بِمُحْتَاجٍ إِلَيْهِ إِلَّا أَنَّهُ ذَكَرَهَا بِمُقَابَلَةِ الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ (وَلَوْ كَانَ الْوَلَدُ كَبِيرًا رَجَعَ بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ) لِأَنَّ الْقَطْعَ عَيْبٌ حَادِثٌ، فَلِلْمُشْتَرِي الرَّجُوعُ بِالْعَيْبِ وَبِالْخِيَاطَةِ امْتَنَعَ الرَّجُوعُ حَقًّا لِلشَّرْعِ بِسَبَبِ الزِّيَادَةِ، فَبِالتَّمْلِيكِ وَالتَّسْلِيمِ بَعْدَ ذَلِكَ لَا يَكُونُ حَابِسًا لِلْمَبِيعِ لِامْتِنَاعِ الرَّدِّ قَبْلَهُ، وَهَذِهِ نَظِيرُ مَا إِذَا بَاعَهُ بَعْدَ الْخِيَاطَةِ وَالصَّغِيرِ وَاللَّتْ.

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ أَوْ مَاتَ عِنْدَهُ ثُمَّ أَطْلَعَ عَلَى عَيْبٍ رَجَعَ بِنُقْصَانِهِ) أَمَّا الْمَوْتُ؛ فَلَأَنَّ الْمَلِكَ يَنْتَهِي بِهِ وَالْامْتِنَاعُ حُكْمِيٌّ لَا يَفْعَلُهُ، وَأَمَّا الْإِعْتَاقُ فَالْقِيَاسُ فِيهِ أَنْ لَا يَرْجِعُ؛ لِأَنَّ الْامْتِنَاعَ يَفْعَلُهُ فَصَارَ كَالْقَتْلِ، وَفِي الْاسْتِحْسَانِ: يَرْجِعُ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ إِنِّهَاءُ الْمِلْكِ؛ لِأَنَّ الْآدَمِيَّ مَا خُلِقَ فِي الْأَصْلِ مَحَلًّا لِلْمِلْكِ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ الْمِلْكُ فِيهِ مُوقِفًا إِلَى

الإعتاق فكان إنهاء فصارت كالموت، وهذا؛ لأن الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كأن الملك باقٍ والردّ مُتَعَذِّرٌ والتدبير والاستيلاء بمنزلة؛ لأنه تعذر النقل مع بقاء المحل بالأمر الحكمي (وإن اعتقه على مالٍ لم يرجع بشيء) لأنه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل. وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه يرجع؛ لأنه إنهاء للملك وإن كان بعوض.

الشرح:

قال: ومن اشترى عبداً فأعتقه (أو مات عنده ثم أطلع على عيب يرجع بالتقصان أما الموت فلأن الملك ينتهي به) أي يتم، وكل ما انتهى فقد لزم لامتناع الردّ حينئذٍ، وفيه إضرار للمشتري بما ليس بفعله وهو الموت فيرجع بالتقصان دفعا للضرر. فإن قيل: قوله (والامتناع حكمي لا بفعله) يدل على أن الامتناع إذا كان بفعله لا يرجع بالتقصان وهو منقوض بما إذا صبغ الثوب أحمر فإنه امتنع الردّ بفعله ويوجب الرجوع بالعيب.

أجيب بأن امتناع الردّ هناك بسبب وجود زيادة في المبيع بسبب ذلك الفعل فكان الامتناع لحق الشرع وهو شبهة الربا. وردّ بأنه حينئذٍ يجب أن يقول: والامتناع حكمي لا بفعله الذي لا يوجب الزيادة، والحق أن يقال في الجواب عدم الردّ في الصبغ بما حصل من فعله من وجود الزيادة في المبيع لا بفعله، وأما الإعتاق فالتقياس فيه أن لا يرجع لأن الامتناع بفعله وذلك يمنع الرجوع، لأنه لما اكتسب بسبب تعذر الردّ كان حابسا حكما فكأنه في يده يحبسه ويريد الرجوع فصار كالقتل وفي الاستحسان: يرجع لأن العنق إنهاء للملك لأن الآدمي ما خلف في الأصل محلا للملك، وإنما يثبت الملك فيه مؤقتا إلى وقت الإعتاق والموت إلى وقت ينتهي بانتهائه فكان الإعتاق إنهاء كالموت (قوله وهذا) أي جواز الرجوع بتقصان العيب عند الانتهاء لأن الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كأن الملك باقٍ والردّ فصار حابسا، ألا ترى أن الولاء يثبت بالعنق والولاء أثر من آثار الملك فبقاؤه كبقاء أصل الملك (والتدبير والاستيلاء بمنزلة الإعتاق) لأن النقل إلى ملك البائع تعذر بالردّ بالأمر الحكمي مع بقاء المحل والملك.

فإن قيل: كيف يكونان كالإعتاق وهو منه دونهما فالجواب أن الإنهاء يحتاج

إِلَيْهِ لِتَقْرِيرِ الْمَلِكِ بِجَعْلِ مَا لَمْ يَكُنْ كَاتِبًا، وَهَاهُنَا مُتَقَرَّرٌ فَلَا حَاجَةَ إِلَيْهِ (وَإِنْ أَعْتَقَهُ عَلَى مَالٍ) أَوْ كَاتِبَهُ

(فَإِنْ قَتَلَ الْمُشْتَرِيَ الْعَبْدَ أَوْ كَانَ طَعَامًا فَأَكَلَهُ لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَمَّا الْقَتْلُ فَالْمَذْكُورُ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يَرْجِعُ) لِأَنَّ قَتْلَ الْمَوْلَى عَبْدَهُ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حُكْمٌ دُنْيَاوِيٌّ فَصَارَ كَالْمَوْتِ حَتْفَ أَنْفِهِ فَيَكُونُ إِنْهَاءً. وَوَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ الْقَتْلَ لَا يُوْجَدُ إِلَّا مَظْمُونًا، وَإِنَّمَا يَسْقُطُ الضَّمَانُ هَاهُنَا بِاعْتِبَارِ الْمَلِكِ فَيَصِيرُ كَالْمُسْتَفِيدِ بِهِ عَوْضًا، بِخِلَافِ الْإِعْتَاقِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُوْجِبُ الضَّمَانَ لَا مُحَالَةً كَالْعِتَاقِ الْمُعْسِرِ عَبْدًا مُشْتَرَكًا، وَأَمَّا الْأَكْلُ فَعَلَى الْخِلَافِ، فَعِنْدَهُمَا يَرْجِعُ وَعِنْدَهُ لَا يَرْجِعُ اسْتِحْسَانًا، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ إِذَا لَبِسَ الثُّوبَ حَتَّى تَحْرَقَ لَهُمَا أَنَّهُ صَنَعَ فِي الْمَبِيعِ مَا يَقْصَدُ بِشِرَائِهِ وَيُعْتَادُ فِعْلُهُ فِيهِ فَأَشْبَهَ الْإِعْتَاقَ. وَلَهُ أَنَّهُ تَعَذَّرَ الرَّدُّ بِفِعْلِ مَظْمُونٍ مِنْهُ فِي الْمَبِيعِ فَأَشْبَهَ الْبَيْعَ وَالْقَتْلَ، وَلَا مُعْتَبَرٌ بِكَوْنِهِ مَقْصُودًا؛ أَلَا يَرَى أَنَّ الْبَيْعَ مِمَّا يَقْصَدُ بِالشِّرَاءِ ثُمَّ هُوَ يَمْنَعُ الرُّجُوعَ، فَإِنْ أَكَلَ بَعْضَ الطَّعَامِ ثُمَّ عَلِمَ بِالْعَيْبِ فَكَذَا الْجَوَابُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لِأَنَّ الطَّعَامَ كَثِيرًا وَاحِدٌ فَصَارَ كَبَيْعِ الْبَعْضِ، وَعِنْدَهُمَا أَنَّهُ يَرْجِعُ بِتُقْصَانِ الْعَيْبِ فِي الْكُلِّ، وَعَنْهُمَا أَنَّهُ يَرُدُّ مَا بَقِيَ؛ لِأَنَّهُ لَا يَضُرُّهُ التَّبْعِيضُ.

الشرح:

(لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ) لِأَنَّهُ حَبَسَ بَدَلَهُ، وَحَبَسَ الْبَدَلَ كَحَبْسِ الْمُبْدَلِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَرْجِعُ لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ إِنْهَاءُ الْمَلِكِ وَإِنْ كَانَ بِعَوْضٍ لِأَنَّ الْمَالَ فِيهِ لَيْسَ بِأَمْرِ أَصْلِيٍّ بَلْ مِنَ الْعَوَارِضِ وَهَذَا يَثْبُتُ الْوَلَاءُ بِهِ، وَإِنْ قَتَلَ الْمُشْتَرِيَ الْعَبْدَ الْمَبِيعَ ثُمَّ اطَّلَعَ عَلَى عَيْبٍ لَمْ يَرْجِعْ بِتُقْصَانِ الْعَيْبِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَرْجِعُ، وَذَكَرَ فِي الْيَتَابِيعِ قَوْلَ مُحَمَّدٍ مَعَهُ لِأَنَّ قَتْلَ الْمَوْلَى عَبْدَهُ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حُكْمٌ دُنْيَاوِيٌّ فَيُفِيدُ بَدَلًا كَالْقِصَاصِ وَالِدِّيَّةِ فَصَارَ كَالْمَوْتِ بِمَرَضٍ عَلَى فِرَاشِهِ وَقَدْ تَقَدَّمَ حُكْمُهُ.

وَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ الْقَتْلَ لَا يُوْجَدُ إِلَّا مَظْمُونًا لِقَوْلِهِ ﷺ «لَيْسَ فِي الْإِسْلَامِ دَمٌ مُفَرَّجٌ» أَيْ مُبْطَلٌ، وَسَقُوطُ الْقِصَاصِ وَالِدِّيَّةِ عَنِ الْمَوْلَى فِي قَتْلِ عَبْدِهِ إِنَّمَا هُوَ بِاعْتِبَارِ الْمَلِكِ فَصَارَ كَالْمُسْتَفِيدِ بِالْمَلِكِ عَوْضًا، بِخِلَافِ الْإِعْتَاقِ فَإِنَّهُ لَيْسَ بِمُوجِبٍ لِلضَّمَانِ فِي غَيْرِ الْمَلِكِ مُطْلَقًا لِعَدَمِ تَفْوِذِهِ، وَمِنْ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ إِذَا كَانَ مُعْسِرًا فَقَدْ تَخَلَّفَ عَنِ الضَّمَانِ فَلَمْ يَصِرْ بِهِ

مُسْتَفْضِيًا فَيَمْنَعُ الرُّجُوعَ، وَإِذَا كَانَ الْمَبِيعُ طَعَامًا فَأَكَلَهُ أَوْ ثَوْبًا فَلَبِسَهُ حَتَّى تَخْرُقَ لَا يَرْجِعُ
عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ اسْتِحْسَانًا، وَعِنْدَهُمَا يَرْجِعُ لِأَنَّهُ فَعَلَ بِالْمَبِيعِ مَا يُقْصَدُ بِشِرَائِهِ وَيُعْتَادُ فِعْلُهُ فِيهِ
فَأَشْبَهَ الْإِعْتِقَاقَ. وَالْأَبِيُّ حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الرَّدَّ تَعَذَّرَ بِفِعْلِ مَضْمُونٍ مِنَ الْمُشْتَرِي فِي الْمَبِيعِ
كَمَا إِذَا بَاعَ أَوْ قَتَلَ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْأَكْلَ وَاللَّبْسَ مُوجِبَ لِلضَّمَانِ فِي مِلْكِ الْغَيْرِ، وَبِاعْتِبَارِ
مِلْكِهِ اسْتَفَادَ الْبَرَاءَةَ فَذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ عَوْضٍ سَلِمَ لَهُ.

وَالْجَوَابُ عَنْ قَوْلِهِمَا إِنَّهُ لَا مُعْتَبَرَ بِكَوْنِهِ مَقْصُودًا لِأَنَّ الْبَيْعَ مِمَّا يُقْصَدُ بِالشِّرَاءِ ثُمَّ
هُوَ يَمْنَعُ الرُّجُوعَ بِالْإِتِّفَاقِ وَإِنْ أَكَلَ بَعْضُهُ ثُمَّ عَلِمَ بِالْعَيْبِ، فَكَذَا الْجَوَابُ عِنْدَ أَبِي
حَنِيفَةَ لِأَنَّ الطَّعَامَ كَشْيءٍ وَاحِدٍ فَصَارَ كَبَيْعِ الْبَعْضِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا
اللَّهُ رَوَايَتَانِ: فِي رِوَايَةٍ يَرْجِعُ بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ فِي الْكُلِّ لِأَنَّ الطَّعَامَ فِي حُكْمِ شَيْءٍ وَاحِدٍ
فَلَا يُرَدُّ بَعْضُهُ بِالْعَيْبِ وَأَكْلُ الْكُلِّ عِنْدَهُمَا لَا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ بِالْعَيْبِ فَأَكْلُ الْبَعْضِ أَوْلَى.
وَفِي رِوَايَةٍ: يُرَدُّ مَا بَقِيَ لِأَنَّهُ لَا يَضُرُّهُ التَّبْعِيضُ فَهُوَ قَادِرٌ عَلَى الرَّدِّ فِي الْبَعْضِ كَمَا قَبَضَهُ
وَيَرْجِعُ بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ فِيمَا أَكَلَهُ.

وَفِي بَيْعِ الْبَعْضِ عَنْهُمَا رَوَايَتَانِ: فِي إِحْدَاهُمَا لَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ كَمَا هُوَ قَوْلُ أَبِي
حَنِيفَةَ وَهُوَ الْمَذْكُورُ هَاهُنَا لِأَنَّ الطَّعَامَ شَيْءٌ وَاحِدٌ فَبَيْعُ الْبَعْضِ فِيهِ كَبَيْعِ الْكُلِّ. وَفِي
الْأُخْرَى يُرَدُّ مَا بَقِيَ لِأَنَّهُ لَا يَضُرُّهُ التَّبْعِيضُ وَلَكِنْ لَا يَرْجِعُ بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ فِيمَا بَاعَ
اعْتِبَارًا لِلْبَعْضِ بِالْكُلِّ.

(قَالَ: وَمَنْ اشْتَرَى بَيْضًا أَوْ بَطِيخًا أَوْ قِثَاءً أَوْ خِيَارًا أَوْ جَوْزًا فَكَسَرَهُ فَوَجَدَهُ فَاسِدًا
فَإِنْ لَمْ يَنْتَفِعْ بِهِ رَجَعَ بِالثَّمَنِ كُلِّهِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ فَكَانَ الْبَيْعُ بَاطِلًا، وَلَا يُعْتَبَرُ فِي
الْجَوْزِ صَلَاحُ قِشْرِهِ عَلَى مَا قِيلَ لِأَنَّ مَالِيَّتَهُ بِاعْتِبَارِ اللَّبِّ (وَإِنْ كَانَ يَنْتَفِعُ بِهِ مَعَ فَسَادِهِ
لَمْ يَرُدَّهُ)؛ لِأَنَّ الْكَسْرَ عَيْبٌ حَادِثٌ (و) لِكِنَّهُ (يَرْجِعُ بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ) دَفْعًا لِلضَّرَرِ بِقَدْرِ
الْإِمْكَانِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَرُدُّهُ؛ لِأَنَّ الْكَسْرَ يَتَسَلِطُ عَلَيْهِ. قُلْنَا: التَّسْلِيطُ عَلَى الْكَسْرِ
فِي مِلْكِ الْمُشْتَرِي لَا فِي مِلْكِهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ ثَوْبًا فَقَطَعَهُ، وَلَوْ وَجَدَ الْبَعْضَ فَاسِدًا
وَهُوَ قَلِيلٌ جَازَ الْبَيْعُ اسْتِحْسَانًا؛ لِأَنَّهُ لَا يَخْلُو عَنْ قَلِيلٍ فَاسِدٍ. وَالْقَلِيلُ مَا لَا يَخْلُو عَنْهُ
الْجَوْزُ عَادَةً كَالوَاحِدِ وَالْاِثْنَيْنِ فِي الْمِائَةِ، وَإِنْ كَانَ الْفَاسِدُ كَثِيرًا لَا يَجُوزُ وَيَرْجِعُ بِكُلِّ
الثَّمَنِ؛ لِأَنَّهُ جَمَعَ بَيْنَ الْمَالِ وَغَيْرِهِ فَصَارَ كَالْجَمْعِ بَيْنَ الْحَرِّ وَالْعَبْدِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى يَبِضًا أَوْ بَطِيخًا) إِذَا اشْتَرَى يَبِضًا أَوْ بَطِيخًا (أَوْ قِثَاءً أَوْ جَوْزًا) أَوْ شَيْئًا مِنَ الْفَوَاحِ (فَكَسَرَهُ) غَيْرَ عَالِمٍ بِعَيْبِهِ (فَوَجَدَ الْكُلَّ فَاسِدًا) بَأَن كَانَ مُنْتِنًا أَوْ مُرًّا أَوْ خَالِيًا بِحَيْثُ لَا يَصْلُحُ لِأَكْلِ النَّاسِ وَلَا لَعَلْفِ الدَّوَابِّ وَلَمْ يَتَنَاوَلْ مِنْهُ شَيْئًا بَعْدَمَا ذَاقَهُ (فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ بِالثَّمَنِ كُلِّهِ) لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ بِالْكَسْرِ أَنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ إِذَا الْمَالُ مَا يُنْتَفَعُ بِهِ إِمَّا فِي الْحَالِ وَإِمَّا فِي الْمَالِ وَالْمَذْكُورُ لَيْسَ كَذَلِكَ، وَتَفْطِنُ مِنَ الْقِيُودِ بِأَضْدَادِهَا، فَإِنَّهُ إِذَا كَسَرَهُ عَالِمًا بِعَيْبِهِ صَارَ رَاضِيًا.

وَإِذَا صَلَحَ لِأَكْلِ بَعْضِ النَّاسِ أَوْ الدَّوَابِّ أَوْ وَجَدَهُ قَلِيلَ اللَّبِّ كَانَ مِنَ الْعُيُوبِ لَا مِنَ الْفَسَادِ، وَإِنْ تَنَاوَلْ مِنْهُ شَيْئًا بَعْدَمَا ذَاقَهُ صَارَ رَاضِيًا، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ مَالًا لَا يَكُونُ مَحَلًّا لِلْبَيْعِ فَيَكُونُ بَاطِلًا. فَإِنْ قِيلَ: التَّغْلِيلُ صَحِيحٌ فِي الْيَبِضِ لِأَن قِشْرَهُ لَا قِيَمَةَ لَهُ، وَأَمَّا الْجَوْزُ فَرُبَّمَا يَكُونُ لِقِشْرِهِ قِيَمَةٌ فِي مَوْضِعٍ يُسْتَعْمَلُ اسْتِعْمَالُ الْحَطْبِ لِعِزَّتِهِ فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْعَقْدُ صَحِيحًا فِي الْقِشْرِ بِحَصَّتِهِ لِمُصَادَفَتِهِ الْمَحَلَّ وَيَرْجِعُ عَلَى الْبَائِعِ بِحَصَّةِ اللَّبِّ كَمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ بَعْضُ مَشَايخِنَا. أَجَابَ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ وَلَا يُعْتَبَرُ فِي الْجَوْزِ صَلَاحُ قِشْرِهِ عَلَى مَا قِيلَ، لِأَنَّ مَالِيَةَ الْجَوْزِ قَبْلَ الْكَسْرِ بِاعْتِبَارِ اللَّبِّ دُونَ الْقِشْرِ، وَإِذَا كَانَ اللَّبُّ بِحَيْثُ لَا يُنْتَفَعُ بِهِ لَمْ يُوجَدْ مَحَلُّ الْبَيْعِ فَيَقَعُ بَاطِلًا فَيَرُدُّ الْقِشْرُ وَيَرْجِعُ بِكُلِّ الثَّمَنِ، وَعَلَى هَذَا إِذَا كَانَ الْمِيعُ يَبِضَ التَّعَامَةِ فَوَجَدَهَا بِالْكَسْرِ مَذْرُوعَةً ذَكَرَ بَعْضُ الْمَشَايخِ أَنَّهُ يَرْجِعُ بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ، وَهَذَا الْفَصْلُ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ بِلَا خِلَافٍ لِأَنَّ مَالِيَةَ يَبِضِ التَّعَامَةِ قَبْلَ الْكَسْرِ بِاعْتِبَارِ الْقِشْرِ وَمَا فِيهِ جَمِيعًا، وَإِذَا كَانَ مِمَّا يُنْتَفَعُ بِهِ فِي الْجُمْلَةِ لَمْ يَرُدَّهُ لِتَعْيِبِهِ بِالْكَسْرِ الْحَادِثِ لَكِنَّهُ يَرْجِعُ بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَرُدُّهُ لِأَنَّ الْكَسْرَ وَإِنْ كَانَ عَيِّبًا حَادِثًا لَكِنَّهُ بِسَلْبِطِهِ. قُلْنَا: التَّسْلِيطُ عَلَى الْكَسْرِ فِي مِلْكِ الْمُشْتَرِي لَا فِي مِلْكِ الْبَائِعِ لِأَنَّ الْبَائِعَ لَمْ يَتَّقِ مِلْكُهُ فَلَمْ يَكُنْ التَّسْلِيطُ إِلَّا فِي مِلْكِ الْمُشْتَرِي، وَذَلِكَ هَدَرٌ لِعَدَمِ وَلَايَتِهِ عَلَيْهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا بَاعَ ثَوْبًا فَقَطَعَهُ ثُمَّ وَجَدَهُ مَعِيبًا فَإِنَّهُ يَرْجِعُ بِالنُّقْصَانِ بِالْإِجْمَاعِ وَإِنْ حَصَلَ التَّسْلِيطُ مِنْهُ لَكَوْنِهِ هَدَرًا، وَلَوْ وَجَدَ الْبَعْضُ فَاسِدًا فَالْفَاسِدُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ قَلِيلًا كَأَثْنَيْنِ فِي الْمِائَةِ أَوْ كَثِيرًا كَمَا فَوْقَهُ. فَفِي

الأوّل جازَ البَيْعُ اسْتِحْسَانًا وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُخَاصِمَ الْبَائِعَ لِأَجْلِهِ لِأَنَّهُ عِنْدَ الْإِقْدَامِ عَلَى الْعَقْدِ الظَّاهِرِ مِنْ حَالِهِ الرِّضَا بِالْمُعْتَادِ وَالْجَوْزُ فِي الْعَادَةِ لَا يَخْلُو عَنْ هَذَا.

وَفِي الثَّانِي لَا يَجُوزُ وَيَرْجِعُ بِكُلِّ الثَّمَنِ لِأَنَّهُ جَمَعَ بَيْنَ الْمَالِ وَغَيْرِهِ، وَذَلِكَ مُفْسِدٌ لِلْعَقْدِ كَالْجَمْعِ بَيْنَ الْحَرِّ وَالْقَنِّ.

(قَالَ: وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا فَبَاعَهُ الْمُشْتَرِي ثُمَّ رُدَّ عَلَيْهِ بَعِيبٌ فَإِنْ قَبِلَ بِقَضَاءِ الْقَاضِي بِإِقْرَارِهِ أَوْ بَيِّنَةٍ أَوْ يَبَاءٍ يَمِينٍ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ عَلَى بَائِعِهِ؛ لِأَنَّهُ فَسَخَ مِنَ الْأَصْلِ فَجَعَلَ الْبَيْعَ كَأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ غَايَةً الْأَمْرُ أَنَّهُ أَنْكَرَ قِيَامَ الْعَيْبِ لَكِنَّهُ صَارَ مُكَذِّبًا شَرْعًا بِالْقَضَاءِ، وَمَعْنَى الْقَضَاءِ بِالْإِقْرَارِ أَنَّهُ أَنْكَرَ الْإِقْرَارَ فَأَثْبَتَ بِالْبَيِّنَةِ، وَهَذَا بِخِلَافِ الْوَكِيلِ بِالْبَيْعِ إِذَا رُدَّ عَلَيْهِ بَعِيبٌ بِالْبَيِّنَةِ حَيْثُ يَكُونُ رَدًّا عَلَى الْمُوَكَّلِ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ هُنَاكَ وَاحِدٌ وَالْمَوْجُودُ هَاهُنَا بَيْعَانِ، فَيَفْسَخُ الثَّانِي وَالْأَوَّلُ لَا يَنْفَسَخُ (وَأِنْ قَبِلَ بِغَيْرِ قَضَاءِ الْقَاضِي لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ جَدِيدٌ فِي حَقِّ ثَالِثٍ وَإِنْ كَانَ فَسَخًا فِي حَقِّهِمَا وَالْأَوَّلُ ثَالِثُهُمَا) (وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَإِنْ رُدَّ عَلَيْهِ بِإِقْرَارِهِ بِغَيْرِ قَضَاءٍ بَعِيبٌ لَا يَحْدُثُ مِثْلُهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يُخَاصِمَ الَّذِي بَاعَهُ) وَبِهَذَا يَتَبَيَّنُ أَنَّ الْجَوَابَ فِيمَا يَحْدُثُ مِثْلُهُ وَفِيمَا لَا يَحْدُثُ سَوَاءٌ. وَفِي بَعْضِ رَوَايَاتِ الْبُيُوعِ: إِنْ كَانَ فِيمَا لَا يَحْدُثُ مِثْلُهُ يَرْجِعُ بِالنَّقْصَانِ لِلتَّيَقُّنِ بِقِيَامِ الْعَيْبِ عِنْدَ الْبَائِعِ الْأَوَّلِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا فَبَاعَهُ الْمُشْتَرِي) وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا فَبَاعَهُ الْمُشْتَرِي (ثُمَّ رُدَّ عَلَيْهِ بَعِيبٌ فَ) إِمَّا (أَنْ قَبِلَ بِقَضَاءِ الْقَاضِي) أَوْ بِغَيْرِ قَضَائِهِ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فِيمَا أَنْ يَكُونَ بِإِقْرَارِهِ، وَمَعْنَى الْقَضَاءِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ أَنَّ الْخَصْمَ ادَّعَى عَلَى الْمُشْتَرِي الْإِقْرَارَ بِالْعَيْبِ وَالْمُشْتَرِي أَنْكَرَ ذَلِكَ فَأَثْبَتَ الْخَصْمُ بِالْبَيِّنَةِ، وَإِمَّا احْتِجَّ إِلَى هَذَا التَّأْوِيلِ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يُنْكِرْ إِقْرَارَهُ لَا يَكُونُ الرَّدُّ مُحْتَاجًا إِلَى الْقَضَاءِ بَلْ يُرَدُّ عَلَيْهِ بِإِقْرَارِهِ بِالْعَيْبِ، وَحَيْثُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ عَلَى بَائِعِهِ لِأَنَّهُ إِقَالَةٌ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ (بَيِّنَةً أَوْ يَبَاءً يَمِينٍ) وَفِي كُلِّ ذَلِكَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ عَلَى بَائِعِهِ (لِأَنَّهُ فَسَخَ مِنَ الْأَصْلِ فَجَعَلَ الْبَيْعَ الثَّانِي كَالْمَعْدُومِ) وَالْبَيْعُ الْأَوَّلُ قَائِمٌ فَلَهُ الْخُصُومَةُ وَالرَّدُّ بِالْعَيْبِ (قَوْلُهُ غَايَةُ الْأَمْرِ) إِشَارَةٌ إِلَى جَوَابِ زُفَرٍ عَمَّا قَالَ: إِذَا جَحَدَ الْعَيْبَ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَدْعِيَ عَلَى الْبَائِعِ الْأَوَّلِ أَنْ بِهِ عَيْبًا لَكُونِ كَلَامِهِ مُتَنَاقِضًا.

وَوَجْهُهُ أَنَّ غَايَةَ أَمْرِ الْمُشْتَرِي إِنْكَارُهُ قِيَامَ الْعَيْبِ، لَكِنَّهُ لَمَّا صَارَ مُكَذِّبًا شَرْعًا

بِقَضَاءِ الْقَاضِي ارْتَفَعَتِ الْمُنَاقَضَةُ وَصَارَ كَمَنْ اشْتَرَى شَيْئًا وَأَقْرَأَ أَنَّ الْبَائِعَ بَاعَ مَلِكَ نَفْسِهِ ثُمَّ جَاءَ إِنْسَانٌ وَاسْتَحَقَّهُ بِالْبَيِّنَةِ لَا يَبْطُلُ حَقُّهُ فِي الرُّجُوعِ عَلَى الْبَائِعِ بِالثَّمَنِ (قَوْلُهُ وَهَذَا بِخِلَافِ الْوَكِيلِ) إِشَارَةٌ إِلَى الْجَوَابِ عَمَّا يُقَالُ إِذَا رُدَّ الْمَبِيعُ بِعَيْبٍ عَلَى الْوَكِيلِ بِالْبَيِّنَةِ كَانَ ذَلِكَ رَدًّا عَلَى الْمُوَكَّلِ، وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ الرَّدُّ عَلَى الْمُشْتَرِي لَيْسَ رَدًّا عَلَى الْبَائِعِ.

وَوَجْهُهُ أَنَّ الْبَيْعَ فِي صُورَةِ الْوَكِيلِ يَبْعُ وَاحِدٌ فَرَدُّهُ عَلَى الْوَكِيلِ رَدُّ عَلَى الْمُوَكَّلِ، وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ يَبْعَانِ وَبَرَدٌ أَحَدُهُمَا لَا يَرْتَدُّ الْآخَرُ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ لِأَنَّهُ إِقَالَةٌ وَهِيَ بَيْعٌ جَدِيدٌ فِي حَقِّ ثَالِثٍ وَالْبَائِعُ الْأَوَّلُ ثَالِثُهُمَا هَذَا إِذَا رَدَّ الْمُشْتَرِي الثَّانِي عَلَى الْأَوَّلِ بَعْدَ الْقَبْضِ وَأَمَّا إِذَا كَانَ قَبْلَ الْقَبْضِ فَلَا فَرْقَ بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ الرَّدُّ بِقَضَاءٍ أَوْ بغيرِهِ، لِأَنَّ الرَّدَّ قَبْلَ الْقَبْضِ بِالْعَيْبِ فَيُسْخَرُ مِنَ الْأَصْلِ فِي حَقِّ الْكُلِّ فَصَارَ كَالرَّدِّ بِخِيَارِ الشَّرْطِ أَوْ بِخِيَارِ الرُّؤْيَةِ، وَصَرَّحَ بِذِكْرِ وَضْعِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِيَتَبَيَّنَ أَنَّ الْجَوَارِ فِي عَيْبٍ لَا يَحْدُثُ مِثْلُهُ كَالْأُصْبَحِ الزَّائِدَةِ أَوْ النَّاقِصَةِ، وَفِي عَيْبٍ يَحْدُثُ مِثْلُهُ كَالْقُرُوحِ وَالْأَمْرَاضِ سَوَاءً، وَإِنْ كَانَ قَدْ يُتَوَهَّمُ أَنَّ الْعَيْبَ إِذَا كَانَ مِمَّا لَا يَحْدُثُ وَقَدْ رَدَّهُ بغيرِ قَضَاءٍ فَلَهُ أَنْ يَرُدَّهُ عَلَى بَائِعِهِ لَتَيَقْنَهُ بِوُجُودِهِ فِي يَدِ الْبَائِعِ وَهُوَ الَّذِي ذُكِرَ فِي بَعْضِ رَوَايَاتِ يُبُوعِ الْأَصْلِ، وَالصَّحِيحُ رَوَايَةُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِأَنَّ الرَّدَّ بغيرِ قَضَاءٍ إِقَالَةٌ تَعْتَمِدُ التَّرَاضِيَّ فَيَكُونُ بِمَنْزِلَةِ بَيْعٍ جَدِيدٍ فِي حَقِّ غَيْرِهِمَا وَهُوَ الْبَائِعُ الْأَوَّلُ فَلَا يَعُودُ الْمَلِكُ الْمُسْتَفَادُ مِنْ جِهَةِ الْبَائِعِ الْأَوَّلِ لِيُخَاصِمَهُ.

(قَالَ: وَمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا فَقَبَضَهُ فَادَّعَى عَيْبًا لَمْ يُجَبَّرْ عَلَى دَفْعِ الثَّمَنِ حَتَّى يَخْلَفَ الْبَائِعُ أَوْ يُقِيمَ الْمُشْتَرِي بَيِّنَةً) لِأَنَّهُ أَنْكَرَ وَجُوبَ دَفْعِ الثَّمَنِ حَيْثُ أَنْكَرَ تَعَيَّنَ حَقُّهُ بِدَعْوَى الْعَيْبِ، وَدَفْعُ الثَّمَنِ أَوْ لَا لِيَتَعَيَّنَ حَقُّهُ بِإِزَاءِ تَعَيَّنِ الْمَبِيعِ؛ وَلِأَنَّهُ لَوْ قُضِيَ بِالْدَّفْعِ فَلَعَلَّهُ يَظْهَرُ الْعَيْبُ فَيَنْتَقِضُ الْقَضَاءُ فَلَا يَقْضِي بِهِ صَوْتًا لِقَضَائِهِ (فَإِنْ قَالَ الْمُشْتَرِي شُهُودِي بِالشَّامِ اسْتَحْلَفَ الْبَائِعَ وَدَفَعَ الثَّمَنَ) يَعْنِي إِذَا حَلَفَ وَلَا يُنْتَظَرُ حُضُورُ الشُّهُودِ؛ لِأَنَّ فِي الْإِنْظَارِ ضَرَرًا بِالْبَائِعِ، وَلَيْسَ فِي الدَّفْعِ كَثِيرُ ضَرَرٍ بِهِ؛ لِأَنَّهُ عَلَى حُجَّتِهِ، أَمَّا إِذَا تَكَلَّلَ الزَّرَمُ الْعَيْبَ؛ لِأَنَّهُ حُجَّةٌ فِيهِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا فَقَبَضَهُ فَادَّعَى عَيْبًا لَمْ يُجَبَّرْ عَلَى دَفْعِ الثَّمَنِ حَتَّى يَخْلَفَ الْبَائِعُ أَوْ يُقِيمَ الْمُشْتَرِي الْبَيِّنَةَ) فَإِنْ حَلَفَ الْبَائِعُ دَفَعَ إِلَيْهِ الثَّمَنَ، وَإِنْ أَقَامَ الْمُشْتَرِي الْبَيِّنَةَ

فَهُوَ إِنْ شَاءَ يَدْفَعُ الثَّمَنَ أَوْ الْمَبِيعَ.

وَاسْتَشْكَلَ هَذِهِ الْعِبَارَةَ لِأَنَّهُ جَعَلَ غَايَةَ عَدَمِ الْإِجْبَارِ إِمَّا يَمِينَ الْبَائِعِ أَوْ يَمِينَةَ الْمُشْتَرِي، وَذَلِكَ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْأَوَّلَى صَحِيحٌ، لِأَنَّ بِالْيَمِينِ يَتَوَجَّهُ الْإِجْبَارُ، وَبِالنِّسْبَةِ إِلَى الثَّانِي لَيْسَ بِصَحِيحٍ لِأَنَّ بِإِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ يَسْتَمِرُّ عَدَمُ الْإِجْبَارِ لَا يَنْتَهِي بِهِ.

وَأَجَابُوا بِأَوْجُهُ: بَأَنَّهُ مِنْ بَابٍ: عَلَفَتْهَا تَبْنَا وَمَاءً بَارِدًا تَقْدِيرُهُ وَسَقَيْتَهَا مَاءً بَارِدًا، وَبِأَنَّ يُجْعَلَ الْكَلَامُ مُتَضَمِّنًا لِلْفُظِّ عَامٌّ يَنْدَرِجُ تَحْتَهُ الْعَايَتَانِ فَيَقَالُ لَمْ يُجْبَرْ عَلَى دَفْعِ الثَّمَنِ حَتَّى يَظْهَرَ وَجْهُ الْحُكْمِ: أَيْ حُكْمُ الْإِجْبَارِ أَوْ حُكْمُ عَدَمِ الْإِجْبَارِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْحَلْفِ وَإِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ حُكْمٌ مِنَ الْأَحْكَامِ، وَهَذَا مِثْلُ قَوْلِ مَنْ قَالَ فِي قَوْلِهِ عَلَفَتْهَا تَبْنَا أَنَّهُ بِمَعْنَى أَطْعَمْتُهَا، فَإِنَّهُ يُسْتَعْمَلُ فِي السَّقْيِ كَمَا يُسْتَعْمَلُ فِي الطَّعْمِ فِي مَعْنَى الشُّرْبِ، قَالَ تَعَالَى ﴿وَمَنْ لَمْ يَطْعَمْهُ فَإِنَّهُ مِنِّي﴾ [البقرة: ٢٤٩] أَيْ وَمَنْ لَمْ يَشْرَبْهُ وَبِأَنَّ الْإِنْتَظَارَ مُسْتَلَزِمٌ لِعَدَمِ الْإِجْبَارِ، وَذِكْرُ اللَّازِمِ وَإِرَادَةُ الْمَلْزُومِ كِنَايَةٌ. وَالْحَقُّ أَنَّ الْاسْتَشْكَالَ إِنَّمَا هُوَ بِالنَّظَرِ إِلَى مَفْهُومِ الْغَايَةِ وَهُوَ لَيْسَ بِلَازِمٍ (قَوْلُهُ لِأَنَّهُ أَنْكَرَ وَجُوبَ دَفْعِ الثَّمَنِ) تَعْلِيلٌ لِعَدَمِ الْإِجْبَارِ لِأَنَّ الْمُشْتَرِي أَنْكَرَ وَجُوبَ دَفْعِ الثَّمَنِ لِأَنَّهُ أَنْكَرَ تَعْيِينَ حَقِّهِ بِدَعْوَى الْعَيْبِ، وَإِنْكَارُ تَعْيِينِ الْحَقِّ إِنْكَارُ عِلَّةٍ وَجُوبِ دَفْعِ الثَّمَنِ، لِأَنَّ وَجُوبَ دَفْعِ الثَّمَنِ أَوَّلًا لَيْسَ إِلَّا لِتَعْيِينِ حَقِّ الْبَائِعِ بِإِزَاءِ تَعْيِينِ الْمَبِيعِ فَحَيْثُ أَنْكَرَ تَعْيِينَ حَقِّهِ فِي الْمَبِيعِ لِأَنَّ حَقِّهِ فِي السَّلِيمِ فَقَدْ أَنْكَرَ عِلَّةَ وَجُوبِ دَفْعِ الثَّمَنِ أَوَّلًا وَفِي إِنْكَارِ الْعِلَّةِ إِنْكَارُ الْمَعْلُولِ فَاتْتَصَبَ خَصَمًا وَلَا بُدَّ حِينَئِذٍ مِنْ حُجَّةٍ، وَهِيَ إِمَّا بَيِّنَةٌ أَوْ يَمِينُ الْبَائِعِ.

فَإِنْ قِيلَ: فِي هَذَا التَّعْلِيلِ فَسَادُ الْوَضْعِ لِأَنَّ صِفَةَ الْإِنْكَارِ تَقْتَضِي إِسْنَادَ الْيَمِينِ إِلَيْهِ لَا إِقَامَةَ الْبَيِّنَةِ بِالْحَدِيثِ. فَالْجَوَابُ الْإِعْتِبَارُ بِالْمَعْنَى لَا بِالصُّورَةِ، وَهُوَ فِيهِ مُدَّعٍ يَدْعِي مَا يُوجِبُ دَفْعَ الثَّمَنِ أَوَّلًا وَإِنْ كَانَ فِي الصُّورَةِ مُنْكَرًا (قَوْلُهُ وَلَئِنَّهُ لَوْ قَضَى بِالْدَّفْعِ) دَلِيلٌ آخَرُ يَتَضَمَّنُ جَوَابَ مَا قَبْلَ الْمَوْجِبِ لِلْجَبْرِ وَهُوَ الْبَيْعُ مَعَ الْقَبْضِ مُتَحَقِّقًا، وَمَا ادَّعَاهُ الْمُشْتَرِي مِنَ الْعَيْبِ مَوْهُومٌ، وَالْمَوْهُومُ لَا يُعَارِضُ الْمُتَحَقِّقَ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ مَا ادَّعَاهُ الْمُشْتَرِي وَإِنْ كَانَ مَوْهُومًا لَكِنْ يَجِبُ عَلَى الْقَاضِي اعْتِبَارُهُ صَوْتًا لِقَضَائِهِ عَنِ النَّقْضِ، فَإِنَّهُ إِذَا قَضَى بِالْدَّفْعِ فَلَعَلَّهُ يَظْهَرُ الْعَيْبُ فَيَنْتَقِضُ الْقَضَاءُ.

قَالَ (فَإِنْ قَالَ الْمُشْتَرِي شُهُودِي بِالسَّامِ) إِذَا طُلِبَ مِنَ الْمُشْتَرِي إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ عَلَى مَا

ادَّعَاهُ فَقَالَ شُهُودِي بِالشَّامِ غَيْبٌ (أَسْتَحْلِفَ الْبَائِعُ) فَإِنْ حَلَفَ دَفَعَ إِلَيْهِ الثَّمَنُ لِأَنَّ فِي الْإِنْتَظَارِ ضَرَرًا بِالْبَائِعِ. فَإِنْ قِيلَ: فِي الزَّامِ الْمُشْتَرِي دَفَعَ الثَّمَنَ ضَرَرٌ لَهُ أَيْضًا. أَجَابَ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ (وَلَيْسَ فِي دَفْعِ الثَّمَنِ كَبِيرُ ضَرَرٍ بِهِ لِأَنَّهُ عَلَى حُجَّتِهِ) يَعْنِي هُوَ بِسَبِيلِ مَنْ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ عِنْدَ حُضُورِ شُهُودِهِ. وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ: الْأَوَّلُ مَا قِيلَ فِي بَقَاءِ الْمُشْتَرِي عَلَى حُجَّتِهِ بَطْلَانُ قَضَاءِ الْقَاضِي وَقَدْ تَقَدَّمَ بَطْلَانُهُ. وَالثَّانِي أَنَّ الْإِنْتَظَارَ وَإِقَامَةَ الْحُجَّةِ بَعْدَ الدَّفْعِ مُؤَقَّتَانِ بِحُضُورِ الشُّهُودِ فَكَيْفَ كَانَ أَحَدُهُمَا ضَرَرًا وَالْآخَرُ دُونَهُ؟ وَالْجَوَابُ عَنْ الْأَوَّلِ أَنَّ الْقَاضِي هَاهُنَا قَدْ قَضَى بِإِدَاءِ الثَّمَنِ إِلَى حِينَ حُضُورِ الشُّهُودِ لَا مُطْلَقًا فَلَا يَلْزَمُ الْبَطْلَانُ. وَعَنْ الثَّانِي بَأَنَّهُ فِي دَعْوَى غَيْبَةِ الشُّهُودِ مُتَّهَمٌ. لَجَوَازِ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ مُمَاطَلَةً فَلَا يُسْمَعُ قَوْلُهُ فِي حَقِّ غَيْرِهِ، وَإِذَا طَلَبَ الْمُشْتَرِي يَمِينَ الْبَائِعِ فَتَكُلُّ أَلْزَمَ الْعَيْبَ لِأَنَّ التَّكُولَ حُجَّةٌ فِي ثُبُوتِ الْعَيْبِ.

قِيلَ هُوَ اخْتِرَازٌ عَنْ التَّكُولِ فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ بِالْإِجْمَاعِ وَعَنْ التَّكُولِ فِي الْأَشْيَاءِ السَّتَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ.

(قَالَ: وَمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا فَأَدْعَى إِبَاقًا لَمْ يُحْلَفِ الْبَائِعُ حَتَّى يُقِيمَ الْمُشْتَرِي الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ أَبَقَ عِنْدَهُ) وَالْمُرَادُ التَّحْلِيفُ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَأْبَقْ عِنْدَهُ؛ لِأَنَّ الْقَوْلَ وَإِنْ كَانَ قَوْلُهُ وَلَكِنْ إِنْكَارُهُ إِنَّمَا يُعْتَبَرُ بَعْدَ قِيَامِ الْعَيْبِ بِهِ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي وَمَعْرِفَتِهِ بِالْحُجَّةِ (فَإِذَا أَقَامَهَا حَلَفَ بِاللَّهِ لَقَدْ بَاعَهُ وَسَلَّمَهُ إِلَيْهِ وَمَا أَبَقَ عِنْدَهُ قَطُّ) كَذَا قَالَ فِي الْكِتَابِ، وَإِنْ شَاءَ حَلَفَهُ بِاللَّهِ مَا لَهُ حَقُّ الرَّدِّ عَلَيْكَ مِنَ الْوَجْهِ الَّذِي يَدْعِي أَوْ بِاللَّهِ مَا أَبَقَ عِنْدَكَ قَطُّ أَمَّا لَا يُحْلِفُهُ بِاللَّهِ لَقَدْ بَاعَهُ وَمَا بِهِ هَذَا الْعَيْبُ وَلَا بِاللَّهِ لَقَدْ بَاعَهُ وَسَلَّمَهُ وَمَا بِهِ هَذَا الْعَيْبُ؛ لِأَنَّ فِيهِ تَرْكُ النَّظَرِ لِلْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّ الْعَيْبَ قَدْ يَحْدُثُ بَعْدَ الْبَيْعِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ وَهُوَ مُوجِبٌ لِلرَّدِّ، وَالْأَوَّلُ ذُهُولُ عَنْهُ وَالثَّانِي يُوْهِمُ تَعَلُّقَهُ بِالشَّرْطَيْنِ فَيَتَأَوَّلُهُ فِي الْيَمِينِ عِنْدَ قِيَامِهِ وَهَتَا التَّسْلِيمِ دُونَ الْبَيْعِ، وَلَوْ لَمْ يَجِدِ الْمُشْتَرِي بَيِّنَةً عَلَى قِيَامِ الْعَيْبِ عِنْدَهُ وَارَادَ تَحْلِيفَ الْبَائِعِ مَا يَعْلَمُ أَنَّهُ أَبَقَ عِنْدَهُ يُحْلَفُ عَلَى قَوْلِهِمَا.

وَاخْتَلَفَ الْمُشَايِخُ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لُهُمَا أَنَّ الدَّعْوَى مُعْتَبَرَةٌ حَتَّى يَتَرْتَّبَ عَلَيْهَا الْبَيِّنَةُ فَكَذَا يَتَرْتَّبُ التَّحْلِيفُ. وَلَهُ عَلَى مَا قَالَهُ الْبَعْضُ أَنَّ الْحَلْفَ يَتَرْتَّبُ عَلَى دَعْوَى صَحِيحَةٍ، وَلَيْسَتْ تَصِحُّ إِلَّا مِنْ خَصْمٍ وَلَا يَصِيرُ خَصْمًا فِيهِ إِلَّا بَعْدَ قِيَامِ

العيب. وَإِذَا تَكَلَّمَ عَنِ الْيَمِينِ عِنْدَهُمَا يَحْلِفُ ثَانِيًا لِلرَّدِّ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي قَدَّمَاهُ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا فَادَّعَى إِبَاقًا) إِذَا ادَّعَى الْمُشْتَرِي إِبَاقَ الْعَبْدِ الْمُشْتَرَى وَكَذَّبَهُ الْبَائِعُ فَالْقَاضِي لَا يَسْمَعُ دَعْوَى الْمُشْتَرِي حَتَّى يَثْبُتَ وَجُودُ الْعَيْبِ عِنْدَهُ، فَإِنْ أَقَامَ بَيِّنَةٌ أَنَّهُ أَبْقَى عِنْدَهُ يَسْمَعُ دَعْوَاهُ وَقَالَ الْبَائِعُ هَلْ كَانَ عِنْدَكَ هَذَا الْعَيْبُ فِي الْحَالَةِ الَّتِي كَانَتْ عِنْدَ الْمُشْتَرِي فَإِنْ قَالَ نَعَمْ رَدَّهُ عَلَيْهِ إِنْ لَمْ يَدَّعِ الرِّضَا أَوْ الْإِثْرَاءَ، وَإِنْ أَنْكَرَ وَجُودَهُ عِنْدَهُ أَوْ ادَّعَى اخْتِلَافَ الْحَالَةِ قَالَ الْقَاضِي لِلْمُشْتَرِي أَلَمْ يَبَيِّنْ فَإِنْ أَقَامَهَا عَلَيْهِ رَدَّهُ عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ وَطَلَبَ الْيَمِينَ يُسْتَحْلَفُ أَنَّهُ لَمْ يَأْبُقْ عِنْدَهُ، وَإِنَّمَا لَمْ يَحْلِفْ قَبْلَ إِقَامَةِ الْمُشْتَرِي الْبَيِّنَةَ لِأَنَّ الْقَوْلَ وَإِنْ كَانَ قَوْلُ الْبَائِعِ لَكُونَهُ مُنْكَرًا لَكِنْ إِنْكَارُهُ إِنَّمَا يُعْتَبَرُ بَعْدَ قِيَامِ الْعَيْبِ بِهِ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي، لِأَنَّ السَّلَامَةَ أَصْلُ وَالْعَيْبُ عَارِضٌ، وَمَعْرِفَتُهُ إِنَّمَا لَا تَكُونُ بِالْحُجَّةِ، وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ الْبَيِّنَةَ إِنَّمَا تُقْبَلُ مِنَ الْمُدَّعِي وَالْمُشْتَرِي فِي هَذِهِ الصُّورَةِ لَيْسَ بِمُدَّعٍ، بَلْ فِيمَا إِذَا ادَّعَى الْعَيْبَ فِي يَدِ الْبَائِعِ. وَالثَّانِي أَنَّ سَلَامَةَ الذَّمِّ عَنِ الدَّيْنِ أَصْلُ وَالشُّغْلُ بِهِ عَارِضٌ، كَمَا أَنَّ السَّلَامَةَ عَنِ الْعَيْبِ أَصْلُ وَالْعَيْبُ عَارِضٌ، فَأَيُّ فَرْقٍ بَيْنَ مَا نَحْنُ فِيهِ وَبَيْنَ مَا إِذَا ادَّعَى عَلَى آخَرَ دَيْنًا فَالْأَكْثَرُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ذَلِكَ، فَإِنَّ الْقَاضِي يَسْمَعُ دَعْوَاهُ وَيَأْمُرُ الْخَصْمَ بِالْجَوَابِ، وَإِنْ لَمْ يَثْبُتْ قِيَامُ الدَّيْنِ فِي الْحَالِ وَأُجِيبَ عَنِ الْأَوَّلِ بِأَنَّ إِقَامَةَ هَذِهِ الْبَيِّنَةِ مِنْ تِمَّةِ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ عَلَى أَنَّ الْعَيْبَ كَانَ عِنْدَ الْبَائِعِ لَعَدَمِ تَمَكُّنِهِ مِنْ تِلْكَ إِلَّا بِهَذِهِ فَكَانَتْ مِنَ الْمُدَّعِي بِهَذَا الْاعتِبَارِ، وَعَنِ الثَّانِي بِأَنَّ قِيَامَ الدَّيْنِ فِي الْحَالِ لَوْ كَانَ شَرْطًا لِاسْتِمَاعِ الْخُصُومَةِ لَمْ يَتَوَسَّلْ الْمُدَّعِي إِلَى إِحْيَاءِ حَقِّهِ لِأَنَّهُ رُبَّمَا لَا يَكُونُ لَهُ بَيِّنَةٌ، أَوْ كَانَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ لَكِنْ لَا يَقْدِرُ عَلَى إِقَامَتِهَا لَمُوتِ أَوْ غَيْبَةِ، بِخِلَافِ مَا نَحْنُ فِيهِ لِأَنَّ تَوَسُّلَ الْمُشْتَرِي إِلَى إِحْيَاءِ حَقِّهِ مُمَكِّنٌ لِأَنَّ الْعَيْبَ إِذَا كَانَ مِمَّا يُعَايَنُ وَيُشَاهَدُ أَمْكَنَ إِثْبَاتُهُ بِالتَّعَرُّفِ عَنْ آثَارِهِ، وَإِنْ لَمْ يُعَرَفْ بِالْآثَارِ أَمْكَنَ التَّعَرُّفُ عَنْهُ بِالرُّجُوعِ إِلَى الْأَطِبَّاءِ وَالْقَوَائِلِ، وَإِذَا ظَهَرَ هَذَا فَإِذَا أَقَامَ الْمُشْتَرِي الْبَيِّنَةَ حَلَفَ الْبَائِعُ عَلَى الْبَيِّنَاتِ بِاللَّهِ لَقَدْ بَاعَهُ وَسَلَّمَهُ إِلَيْهِ وَمَا أَبْقَى عِنْدَهُ قَطُّ، كَذَا ذَكَرَ فِي الْمَبْسُوطِ.

وَقِيلَ الْمُرَادُ بِالْكِتَابِ هَاهُنَا الْجَامِعُ الصَّغِيرُ، وَإِنْ شَاءَ حَلَفَهُ بِاللَّهِ مَا لَهُ حَقُّ الرَّدِّ

عَلَيْكَ مِنَ الْوَجْهِ الَّذِي يُدْعَى أَوْ بِاللَّهِ مَا أَتَى عِنْدَكَ قَطُّ، وَلَا يَخْلَفُ بِاللَّهِ لَقَدْ بَاعَهُ وَمَا بِهِ هَذَا الْعَيْبُ لِأَنَّ هَذَا الْعَيْبَ قَدْ يَكُونُ بَعْدَ الْبَيْعِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ وَهُوَ مُوجِبٌ لِلرَّدِّ، وَفِي ذَلِكَ غَفْلَةٌ عَنْ هَذَا الْمَعْنَى، وَبِهِ يَتَضَرَّرُ الْمُشْتَرِي، وَكَذَلِكَ لَا يَخْلَفُ بِاللَّهِ لَقَدْ بَاعَهُ وَسَلَّمَهُ وَمَا بِهِ هَذَا الْعَيْبُ لِأَنَّهُ يُوهِمُ تَعَلُّقَهُ بِالشَّرْطَيْنِ جَمِيعًا، وَلِحَوَازِ أَنْ يَحْدُثَ الْعَيْبُ بَعْدَ الْبَيْعِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ وَيَكُونُ غَرَضُ الْبَائِعِ عَدَمَ وَجُودِ الْعَيْبِ فِي الْحَالَيْنِ جَمِيعًا، فَفِي وَجُودِهِ فِي أَحَدِهِمَا يَكُونُ بَارًّا لِأَنَّ الْكُلَّ يَنْتَفِي بِإِنْفَاءِ جُزْئِهِ وَبِهِ يَتَضَرَّرُ الْمُشْتَرِي. وَإِنَّمَا قَالَ يُوهِمُ تَعَلُّقَهُ بِالشَّرْطَيْنِ جَمِيعًا إِشَارَةً إِلَى أَنَّ تَأْوِيلَ الْبَائِعِ ذَلِكَ فِي يَمِينِهِ لَيْسَ بِصَحِيحٍ، وَلَكِنَّهُ يُتَوَهَّمُ لِدَلَالَةِ ذَلِكَ بِمَا ذَكَرَ لِأَنَّ شَمْسَ الْأُيُومِ ذَكَرَ هَذِهِ الْعِبَارَةَ فِي التَّحْلِيلِ وَقَالَ: إِلَّا أَنَّهُمْ قَالُوا: النَّظَرُ لِلْمُشْتَرِي يَنْعَدِمُ إِذَا اسْتَحْلَفَهُ بِهَذِهِ الصِّفَةِ.

وَذَكَرَ الْوَجْهَ الْمَذْكُورَ ثُمَّ قَالَ: وَالْأَصَحُّ عِنْدِي الْأَوَّلُ لِأَنَّ الْبَائِعَ يَنْفِي الْعَيْبَ عِنْدَ الْبَيْعِ وَالتَّسْلِيمِ فَلَا يَكُونُ بَارًّا فِي يَمِينِهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ الْعَيْبُ مُنْتَفِيًّا فِي الْحَالَيْنِ جَمِيعًا، وَعَلَى هَذَا فَلَقَائِلُ أَنْ يَقُولَ فِي عِبَارَةِ الْمُصَنِّفِ تَسَامُحٌ لِأَنَّهُ قَالَ (أَمَّا لَا يَخْلَفُ بِاللَّهِ لَقَدْ بَاعَهُ وَسَلَّمَهُ وَمَا بِهِ هَذَا الْعَيْبُ) وَعَلَّلَهُ (بِأَنَّهُ يُوهِمُ تَعَلُّقَهُ بِالشَّرْطَيْنِ فَيَتَأَوَّلُهُ) وَقَالُوا: إِنَّمَا قَالَ يُوهِمُ لِأَنَّ ذَلِكَ التَّأْوِيلَ لَيْسَ بِصَحِيحٍ فَإِذَا لَمْ يَكُنْ التَّأْوِيلُ صَحِيحًا كَانَ التَّحْلِيلُ بِهِ جَائِزًا. وَهُوَ يُنَاقِضُ قَوْلَهُ لَا يَخْلَفُ إِلَّا إِذَا حُمِلَ النَّفْيُ عَلَى الْوَجْهِ الْأَخْوَطِ فَيَسْتَقِيمُ. فَإِنْ قِيلَ: الْإِبَاقُ فِعْلُ الْغَيْرِ وَالتَّحْلِيلُ عَلَى فِعْلِ الْغَيْرِ إِنَّمَا يَكُونُ عَلَى الْعِلْمِ دُونَ الْبَيِّنَاتِ. فَالْجَوَابُ أَنَّ الِاسْتِحْلَافَ عَلَى فِعْلِ نَفْسِهِ فِي الْمَعْنَى وَهُوَ تَسْلِيمُ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ سَلِيمًا كَمَا التَّزَمَهُ.

وَقِيلَ التَّحْلِيلُ عَلَى فِعْلِ الْغَيْرِ إِنَّمَا يَكُونُ عَلَى الْعِلْمِ إِذَا ادَّعَى الَّذِي يَخْلَفُ أَنَّهُ لَا عِلْمَ لَهُ بِذَلِكَ، أَمَّا إِذَا ادَّعَى أَنَّ لِي عِلْمًا بِذَلِكَ فَيَخْلَفُ عَلَى الْبَيِّنَاتِ لِادِّعَائِهِ الْعِلْمَ بِذَلِكَ، فَإِنْ لَمْ يَحْذِ الْمُشْتَرِي بَيِّنَةً عَلَى قِيَامِ الْعَيْبِ عِنْدَهُ وَأَرَادَ تَحْلِيلَ الْبَائِعِ بِاللَّهِ مَا يَعْلَمُ أَنَّهُ أَتَى عِنْدَ الْمُشْتَرِي هَلْ لَهُ ذَلِكَ أَوْ لَا قِيلَ لَهُ ذَلِكَ عَلَى قَوْلِهِمَا. وَاخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي التَّوَادِرِ ذَكَرَهُ الطَّحَاوِيُّ وَهُوَ مُخْتَارُ الْمُصَنِّفِ، وَقِيلَ لَا خِلَافَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ (لَهُمَا أَنَّ الدَّعْوَى مُعْتَبَرَةٌ لِأَنَّهُ يَتَرْتَّبُ عَلَيْهَا الْبَيِّنَةُ) وَكُلُّ مَا يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ (يَتَرْتَّبُ) عَلَيْهِ (التَّحْلِيلُ) بِالِاسْتِقْرَاءِ وَالْأَبْيَ حَنِيفَةَ عَلَى قَوْلِ مَنْ يَقُولُ

لَا تَحْلِفَ عَلَى مَذْهَبِهِ أَنْ الْحَلْفَ يَتَرْتَّبُ عَلَى دَعْوَى صَحِيحَةٍ، وَلَا تَصِحُّ الدَّعْوَى إِلَّا مِنْ خَصْمٍ، وَلَا يَصِيرُ الْمُدَّعِي وَهُوَ الْمُشْتَرِي هَاهُنَا خَصْمًا إِلَّا بَعْدَ قِيَامِ الْعَيْبِ بِالْحُجَّةِ الشَّرْعِيَّةِ وَقَدْ عَجَزَ عَنْهَا، وَلَا تُسَلِّمُ أَنْ كُلُّ مَا يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ التَّحْلِيفُ؛ فَإِنْ دَعْوَى الْوَكَّالَةِ يَتَرْتَّبُ عَلَيْهَا الْبَيِّنَةُ دُونَ التَّحْلِيفِ، وَالْبَيِّنَةُ لَا تَسْتَلْزِمُ الدَّعْوَى فَضْلًا عَنْ صِحَّتِهَا بَلْ قَدْ تَقَوُّمُ عَلَى مَا لَا دَعْوَى فِيهِ أَصْلًا كَمَا فِي الْحُدُودِ، بِخِلَافِ التَّحْلِيفِ.

وَالْفَرْقُ أَنَّ التَّحْلِيفَ شَرِيعٌ لِقَطْعِ الْخُصُومَةِ فَكَانَ مُقْتَضِيًا سَابِقَةَ الْخَصْمِ وَأَنْ يَكُونَ الْمُشْتَرِي هُنَا خَصْمًا إِلَّا بَعْدَ إِبْتَاتِ قِيَامِ الْعَيْبِ فِي يَدِهِ وَلَمْ يَثْبُتْ كَمَا تَقَدَّمَ، وَأَمَّا الْبَيِّنَةُ هَاهُنَا فَمَشْرُوعَةٌ لِإِبْتَاتِ كَوْنِهِ خَصْمًا فَلَا تَسْتَلْزِمُ كَوْنَهُ خَصْمًا (وَإِذَا نَكَلَ عَنْ الْيَمِينِ عَنْدهُمَا يَحْلِفُ ثَانِيًا لِلرَّدِّ) عَلَى الْبَيِّنَاتِ (عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي قَدَّمَاهُ) عَلَى مَا تَقَدَّمَ.

قَالَ ﷺ: إِذَا كَانَتْ الدَّعْوَى فِي إِبَاقِ الْكَبِيرِ يَحْلِفُ مَا أَبَقَ مِنْذُ بَلَغَ مَبْلَغَ الرِّجَالِ؛ لِأَنَّ الْإِبَاقَ فِي الصَّغَرِ لَا يُوجِبُ رَدَّهُ بَعْدَ الْبُلُوغِ.

الشرح:

قَالَ الْمُصَنِّفُ (إِذَا كَانَتْ الدَّعْوَى فِي إِبَاقِ الْكَبِيرِ يَحْلِفُ مَا أَبَقَ مِنْذُ بَلَغَ مَبْلَغَ الرِّجَالِ لِأَنَّ الْإِبَاقَ فِي الصَّغَرِ لَا يُوجِبُ رَدَّهُ بَعْدَ الْبُلُوغِ) لَمَّا تَقَدَّمَ، فَلَوْ حَلَفَ مُطْلَقًا كَانَ تَرْكُ النَّظَرِ فِي حَقِّ الْبَائِعِ، لِأَنَّهُ إِذَا أَبَقَ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي بَعْدَ الْبُلُوغِ وَقَدْ كَانَ أَبَقَ عِنْدَ الْبَائِعِ فِي حَالَةِ الصَّغَرِ وَمِثْلُ هَذَا الْإِبَاقِ غَيْرُ مُوجِبٍ لِلرَّدِّ اِمْتِنَعَ الْبَائِعُ عَنْ الْيَمِينِ حَذَرًا عَنْ الْيَمِينِ الْكَاذِبَةِ فَيُقْضَى عَلَيْهِ بِالرَّدِّ لِنُكُولِهِ وَيَتَضَرَّرُ بِهِ.

(قَالَ: وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً وَتَقَابَضَا فَوَجَدَ بِهَا عَيْبًا فَقَالَ الْبَائِعُ: بَعْتُكَ هَذِهِ وَأُخْرَى مَعَهَا وَقَالَ الْمُشْتَرِي: بَعْتَنِيهَا وَحَدَّاهَا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي)؛ لِأَنَّ الْاِخْتِلَافَ فِي مِقْدَارِ الْمَقْبُوضِ فَيَكُونُ الْقَوْلُ لِلْقَابِضِ كَمَا فِي الْغَصْبِ (وَكَذًا إِذَا اتَّفَقَا عَلَى مِقْدَارِ الْمَبِيعِ وَاخْتَلَفَا فِي الْمَقْبُوضِ) لَمَّا بَيَّنَّا.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً وَتَقَابَضَا) وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً وَتَقَابَضَ الْمُتَبَايعَانِ الثَّمَنَ وَالْمَبِيعَ (فَوَجَدَ) الْمُشْتَرِي (بِهَا عَيْبًا) فَأَرَادَ الْبَائِعُ تَخْصِيصَ الثَّمَنِ عَلَى تَقْدِيرِ الرَّدِّ (فَقَالَ

البائع بعثك هذه وأخرى معها وقال المشتري بعثنيها وحدها فالقول قول المشتري، لأن الاختلاف في مقدار المقبوض والقول فيه قول القابض) لأنه أعرف بما قبض كما في العصب) فإنه إذا اختلف الغاصب والمغضوب منه فقال المغضوب منه غصبت مني غلامين وقال الغاصب غلاماً واحداً فالقول قول الغاصب لأنه القابض (وكذا إذا اختلفا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض) في مقداره بأن كان المبيع جاريتين ثم اختلفا فقال البائع قبضتهما وقال المشتري ما قبضت إلا إحداهما فالقول قول المشتري (لما بينا) أن في الاختلاف في مقدار المقبوض القول قول القابض، بل هاهنا أولى لأن كون المبيع شيئين أمانة ظاهرة على أن المقبوض كذلك لأن العقد عليهما سبب مطلقاً لقبضهما، ومع ذلك كان القول قول القابض فهاهنا أولى.

قال (ومن اشترى عبيدين صفقة واحدة فقبض أحدهما وجده بالآخر عيباً فإنه يأخذهما أو يدعهما)؛ لأن الصفقة تتم بقبضهما فيكون تفريقها قبل التمام وقد ذكرناه، وهذا؛ لأن القبض له شبه بالعقد فالتفريق فيه كالتفريق في العقد ولو وجد بالمقبوض عيباً اختلفوا فيه. ويروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه يردّه خاصة، والأصح أنه يأخذهما أو يردّهما؛ لأن تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل فصار كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول دون قبض جميعه (ولو قبضهما ثم وجد) بأحدهما عيباً يردّه خاصة خلافاً لزهر. هو يقول: فيه تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر؛ لأن العادة جرت بضم الجيد إلى الرديء فأشبهه ما قبل القبض وخيار الرؤية والشرط. ولنا أنه تفريق الصفقة بعد التمام؛ لأن القبض تتم الصفقة في خيار العيب وفي خيار الرؤية والشرط لا تتم به على ما مر، ولهذا لو استحق أحدهما ليس له أن يردّ الآخر.

الشرح:

قال (ومن اشترى عبيدين صفقة واحدة) رجل قال لآخر بعثك هذين العبدَيْن بألف درهم فقبل (وقبض أحدهما) وهو سليم (فوجد بالآخر عيباً) ليس له أن يردّ المبيع خاصة (بل يأخذهما أو يدعهما) جميعاً (لأن الصفقة تتم بقبضهما) لما أن تصرف المشتري في المبيع قبل القبض لا يصح لعدم تمام الصفقة حينئذ، وما تتم بقبضه

الصَّفَقَةُ لَا تَتِمُّ بِقَبْضِ بَعْضِهِ لِتَوَقُّفِهِ عَلَى قَبْضِ الْكُلِّ إِذْ ذَاكَ، فَالتَّفْرِيقُ قَبْلَ قَبْضِهِمَا تَفْرِيقٌ (قَبْلَ التَّمَامِ) وَهُوَ لَا يَجُوزُ (لَمَّا ذَكَرْنَا) يَعْنِي قُبِيلَ بَابِ خِيَارِ الْعَيْبِ بِقَوْلِهِ لِأَنَّ الصَّفَقَةَ تَتِمُّ مَعَ خِيَارِ الْعَيْبِ بَعْدَ الْقَبْضِ وَإِنْ كَانَتْ لَا تَتِمُّ قَبْلَهُ (وَهَذَا) أَيُّ التَّفْرِيقِ فِي الْقَبْضِ لَا يَجُوزُ (لِأَنَّ الْقَبْضَ شَبَّهَ بِالْعَقْدِ) مِنْ حَيْثُ إِنَّ الْقَبْضَ يُثْبِتُ مِلْكَ التَّصَرُّفِ وَمِلْكَ الْيَدِ، كَمَا أَنَّ الْعَقْدَ يُثْبِتُ مِلْكَ الرَّقَبَةِ، وَالْعَرَضُ مِنْ مِلْكَ الرَّقَبَةِ مِلْكَ التَّصَرُّفِ وَمِلْكَ الْيَدِ (فَالْتَّفْرِيقُ فِي الْقَبْضِ كَالْتَّفْرِيقِ فِي الْعَقْدِ) وَلَوْ قَالَ بَعْتُ مِنْكَ هَذَيْنِ الْعَبْدَيْنِ فَقَالَ قَبِلْتُ أَحَدَهُمَا لَمْ يَصِحَّ فَكَذَا هَذَا.

قَالَ (وَلَوْ وَجَدَ بِالْمَقْبُوضِ عَيْبًا اخْتَلَفُوا فِيهِ) إِذَا وَجَدَ الْمُشْتَرِي بِالْمَقْبُوضِ عَيْبًا، قَالُوا فِي شُرُوحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: اخْتَلَفَ الْمَشَايخُ فِيهِ، وَكَلَامُ الْمُصَنِّفِ يُشِيرُ إِلَى أَنَّ الْاِخْتِلَافَ بَيْنَ الْعُلَمَاءِ، فَإِنَّهُ قَالَ (وَيُرْوَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَرُدُّهُ خَاصَّةً). وَوَجْهُهُ أَنَّ الصَّفَقَةَ تَامَّةٌ فِي حَقِّ الْمَقْبُوضِ فَبِالنَّظَرِ إِلَيْهِ لَا يَلْزَمُ تَفْرِيقُ الصَّفَقَةِ (وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ) لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ (لِأَنَّ تَمَامَ الصَّفَقَةِ بِقَبْضِ الْمَبِيعِ وَهُوَ اسْمٌ لِلْكُلِّ فَهُوَ كَحَبْسِ الْمَبِيعِ) لِأَجْلِ الثَّمَنِ فَإِنَّهُ لَا يَزُولُ بِقَبْضِ بَعْضِ الثَّمَنِ لِتَعَلُّقِهِ بِالْكُلِّ اعْتِبَارًا لِأَحَدِ الْبَدَلَيْنِ بِالْآخِرِ (وَلَوْ قَبْضُهُمَا ثُمَّ وَجَدَ بِأَحَدِهِمَا عَيْبًا لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ خَاصَّةً) وَقَالَ زُفَرٌ: لَا فَرْقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَا تَقَدَّمَ لِأَنَّ فِيهِ تَفْرِيقَ الصَّفَقَةِ (وَلَا يَعْرِى عَنْ ضَرَرٍ إِذْ الْعَادَةُ جَرَتْ بِضَمِّ الْحَيِّدِ إِلَى الرَّدِيِّ فَأَشْبَهَ مَا قَبْلَ الْقَبْضِ) بِجَامِعِ دَفْعِ الضَّرَرِ (وَأَشْبَهَ خِيَارَ الرُّوْيَةِ وَالشَّرْطِ) وَلَنَا أَنَّهُ إِذَا قَبْضُهُمَا جَمِيعًا فَقَدْ تَمَّتِ الصَّفَقَةُ وَالتَّفْرِيقُ بَعْدَهُ غَيْرُ ضَائِرٍ، بِخِلَافِ خِيَارِ الرُّوْيَةِ وَالشَّرْطِ فَإِنَّ الصَّفَقَةَ لَا تَتِمُّ بِالْقَبْضِ فِيهِمَا عَلَى مَا مَرَّ فِي خِيَارِ الرُّوْيَةِ أَنَّ الصَّفَقَةَ لَا تَتِمُّ مَعَ خِيَارِ الرُّوْيَةِ قَبْلَ الْقَبْضِ وَبَعْدَهُ، وَخِيَارُ الْعَيْبِ لَا يَمْنَعُ تَمَامَ الصَّفَقَةِ لَوْجُودِ تَمَامِ الرِّضَا مِنَ الْمُشْتَرِي عِنْدَ الْقَبْضِ عَلَى صِفَةِ السَّلَامَةِ كَمَا أَوْجَبَهُ الْعَقْدُ.

وَالْأَصْلُ صِفَةُ السَّلَامَةِ فَكَانَتْ الصَّفَقَةُ تَامَةً بِظَاهِرِ الْعَقْدِ، وَتَضَرَّرُ الْبَائِعُ إِنَّمَا لَزِمَ مِنْ تَذْلِيلِهِ فَلَا يَلْزَمُ الْمُشْتَرِي. لَا يُقَالُ: لَوْ كَانَ كَذَلِكَ لَزِمَ التَّمَكُّنُ مِنْ رَدِّ الْمَعِيبِ قَبْلَ قَبْضِهِمَا أَيْضًا لَوْجُودِ التَّذْلِيلِ مِنْهُ، لِأَنَّهُ يَسْتَلْزِمُ التَّفْرِيقَ قَبْلَ التَّمَامِ وَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ. قِيلَ هَذَا الْاِخْتِلَافُ فِي شَيْئَيْنِ يُمَكِّنُ إِفْرَادَ أَحَدِهِمَا بِالِائْتِنَاعِ كَالْعَبْدَيْنِ. وَأَمَّا إِذَا لَا يُمَكِّنُ كَزَوْجِي الْخُفِّ وَمِصْرَاعِي الْبَابِ فَإِنَّهُ يَرُدُّهُمَا أَوْ يُمَسِّكُهُمَا، حَتَّى لَوْ كَانَ الْمَبِيعُ ثَوْرَيْنِ

قَدْ أَلْفَ أَحَدَهُمَا بِالْآخِرِ بَحِثُ لَا يَعْمَلُ بِذُونِهِ لَا يُمَكِّنُ رَدُّ الْمَعِيبِ خَاصَّةً (قَوْلُهُ وَهَذَا) أَيُّ وَلَأنَّ الصَّفَقَةَ تَتِمُّ بَعْدَ الْقَبْضِ وَلَا تَتِمُّ قَبْلَهُ (لَوْ أُسْتُحِقَّ أَحَدُ الْعَبْدَيْنِ) بَعْدَ قَبْضِهِمَا (لَيْسَ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَرُدَّ الْآخَرَ) بَلِ الْعَقْدُ قَدْ لَزِمَ فِيهِ لِأَنَّهُ تَفْرِيقٌ بَعْدَ التَّمَامِ.

(قَالَ: وَمَنْ اشْتَرَى شَيْئًا مِمَّا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ فَوَجَدَ بِبَعْضِهِ عَيْبًا رَدَّهُ كُلَّهُ أَوْ أَخَذَهُ كُلَّهُ) وَمُرَادُهُ بَعْدَ الْقَبْضِ؛ لِأَنَّ الْمَكِيلَ إِذَا كَانَ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ فَهُوَ كَشَيْءٍ وَاحِدٍ؛ أَلَا يَرَى أَنَّهُ يُسَمَّى بِاسْمِ وَاحِدٍ وَهُوَ الْكُرُّ وَنَحْوُهُ. وَقِيلَ هَذَا إِذَا كَانَ فِي وَعَاءٍ وَاحِدٍ، فَإِذَا كَانَ فِي وَعَاءَيْنِ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ عَبْدَيْنِ حَتَّى يَرُدَّ الْوَعَاءَ الَّذِي وَجَدَ فِيهِ الْعَيْبَ دُونَ الْآخَرَ. (وَلَوْ أُسْتُحِقَّ بَعْضُهُ فَلَا خِيَارَ لَهُ فِي رَدِّ مَا بَقِيَ)؛ لِأَنَّهُ لَا يَضُرُّهُ التَّبْعِيضُ، وَالْإِسْتِحْقَاقُ لَا يَمْنَعُ تَمَامَ الصَّفَقَةِ؛ لِأَنَّ تَمَامَهَا بِرِضَا الْعَاقِدِ لَا بِرِضَا الْمَالِكِ، وَهَذَا إِذَا كَانَ بَعْدَ الْقَبْضِ، أَمَّا لَوْ كَانَ قَبْلَ الْقَبْضِ فَلَهُ أَنْ يَرُدَّ مَا بَقِيَ لِتَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ قَبْلَ التَّمَامِ. قَالَ (وَإِنْ كَانَ ثَوْبًا فَلَهُ الْخِيَارُ)؛ لِأَنَّ التَّشْقِيقَ فِيهِ عَيْبٌ وَقَدْ كَانَ وَقْتُ الْبَيْعِ حَيْثُ ظَهَرَ الْإِسْتِحْقَاقُ، بِخِلَافِ الْمَكِيلِ وَالْمُوزُونِ.

الشرح:

(قَالَ: وَمَنْ اشْتَرَى شَيْئًا مِمَّا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ) تَفْرِيقُ الصَّفَقَةِ لَا يَجُوزُ إِذَا كَانَ قَبْلَ الْقَبْضِ فِي سَائِرِ الْأَعْيَانِ، وَبَعْدَهُ يَجُوزُ فِي غَيْرِ الْمَكِيلِ وَالْمُوزُونِ، وَأَمَّا فِيهِمَا فَلَا يَجُوزُ إِذَا كَانَ الْجِنْسُ وَاحِدًا سَوَاءً كَانَ فِي وَعَاءٍ وَاحِدٍ أَوْ فِي وَعَاءَيْنِ عَلَى اخْتِيَارِ الْمَشَايخِ. وَقِيلَ إِذَا كَانَ فِي وَعَاءَيْنِ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ عَبْدَيْنِ يَجُوزُ رَدُّ الْمَعِيبِ خَاصَّةً لِأَنَّهُ يَرُدُّهُ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي خَرَجَ مِنْ ضَمَانِ الْبَائِعِ. وَوَجْهُ الْأُظْهَرِ أَنَّهُ إِذَا كَانَ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ فَهُوَ كَشَيْءٍ وَاحِدٍ اسْمًا وَحُكْمًا.

أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَأَنَّهُ يُسَمَّى بِاسْمِ وَاحِدٍ كَكُرٍّ وَقَفِيزٍ وَنَحْوِهِمَا، وَأَمَّا الثَّانِي فَلَأَنَّ الْمَالِيَّةَ وَالتَّقْوَمَ فِيهِمَا بِاعْتِبَارِ الْجَمَاعِ، لِأَنَّ الْحَبَّةَ بِإِنْفِرَادِهَا لَيْسَتْ لَهَا صِفَةُ التَّقْوَمِ وَهَذَا لَا يَجُوزُ بَيْنُعُهَا وَجَعْلُ رُؤْيَا بَعْضِهَا كَرُؤْيَا كُلِّهَا كَالثَوْبِ الْوَاحِدِ، وَفِي الثَّوْبِ الْوَاحِدِ إِذَا وَجَدَ بَعْضُهُ مَعِيبًا لَيْسَ لَهُ إِلَّا رَدُّ الْكُلِّ أَوْ إِسْكَاهُ، لِأَنَّ رَدَّ الْجُزْءِ الْمَعِيبِ فِيهِ يَسْتَلْزِمُ شَرَكَةَ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي وَهِيَ فِي الْأَعْيَانِ الْمُجْتَمِعَةِ عَيْبٌ، فَرَدُّ الْمَعِيبِ خَاصَّةً رَدُّ بَعْضٍ زَائِدٍ وَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ. فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ كَذَلِكَ وَجَبَ أَنْ يَكُونَ لَهُ رَدُّ الْبَاقِي إِذَا أُسْتُحِقَّ

الْبَعْضُ بَعْدَ الْقَبْضِ كَمَا فِي الثُّوبِ الْوَاحِدِ وَهُوَ بَاطِلٌ بِالْإِجْمَاعِ. فَالْجَوَابُ أَنَّهُ عَلَى إِحْدَى الرُّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ سَاقِطٌ، وَعَلَى الْأُخْرَى إِنَّمَا لَزِمَ الْعَقْدُ فِي الْبَاقِي وَلَمْ يَنْقُ لَهُ خِيَارُ الرَّدِّ فِيهِ لَأَنَّهُ لَا يَضُرُّهُ التَّبْعِيضُ، لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَ الْبَعْضِ لَا يُوجِبُ عَيْبًا فِي الْمُسْتَحَقِّ وَغَيْرِهِ لِأَنَّهُمَا فِي الْمَالِيَّةِ سَوَاءٌ، وَالْإِنْتِفَاعُ بِالْبَاقِي مُمَكِّنٌ، وَمَا لَا يُوجِبُ عَيْبًا فِي الْمَالِيَّةِ وَالْإِنْتِفَاعِ لَا يُوجِبُ ضَرَرًا بِخِلَافِ مَا لَوْ وَجَدَ بِالْبَعْضِ عَيْبًا وَمِيزَةً لِرُدِّهِ لِأَنَّ تَمْيِيزَ الْمَعِيبِ مِنْ غَيْرِ الْمَعِيبِ يُوجِبُ زِيَادَةَ عَيْبٍ، بِخِلَافِ الثُّوبِ الْوَاحِدِ فَإِنَّ التَّبْعِيضَ يَضُرُّهُ وَالشَّرَكَةَ عَيْبٌ فِيهِ زَائِدٌ فَلَمْ يَنْقُ إِلَّا رَدُّ الْكُلِّ أَوْ إِمْسَاكُهُ (قَوْلُهُ وَالْإِسْتِحْقَاقُ) يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ جَوَابَ سَوْأَلٍ.

تَقْرِيرُهُ انْتِفَاءُ الْخِيَارِ فِي رَدِّ مَا بَقِيَ يَسْتَلْزِمُ تَفْرِيقَ الصَّفَقَةِ قَبْلَ التَّمَامِ لِأَنَّ تَمَامَهَا بِالرِّضَا وَالْمُسْتَحَقِّ لَمْ يَكُنْ رَاضِيًا وَتَوَجَّهَتْ أَنَّ الْإِسْتِحْقَاقَ لَا يَمْنَعُ تَمَامَ الصَّفَقَةِ لِأَنَّ تَمَامَهَا بِرِضَا الْعَاقِدِ لَا بِرِضَا الْمَالِكِ، لِأَنَّ الْعَقْدَ حَقَّ الْعَاقِدِ فَتَمَامُهُ يَسْتَدْعِي تَمَامَ رِضَاهُ وَبِالْإِسْتِحْقَاقِ لَا يَنْعَدِمُ ذَلِكَ، وَلِهَذَا قُلْنَا فِي الصَّرْفِ وَالسَّلَمِ إِذَا أَجَارَ الْمُسْتَحَقُّ بَعْدَمَا افْتَرَقَ بَقِيَ الْعَقْدُ صَحِيحًا، فَعَلِمَ أَنَّ تَمَامَ الْعَقْدِ يَسْتَدْعِي تَمَامَ رِضَا الْعَاقِدِ لَا الْمَالِكِ (وَهَذَا) أَيْ كَوْنُ الْإِسْتِحْقَاقِ لَا يُوجِبُ خِيَارَ الرَّدِّ إِذَا كَانَ بَعْدَ الْقَبْضِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ قَبْلَهُ فَلَهُ أَنْ يَرُدَّ الْبَاقِيَ لِتَفَرُّقِ الصَّفَقَةِ قَبْلَ التَّمَامِ، وَهَذَا يُرْشِدُكَ إِلَى أَنَّ تَمَامَ الصَّفَقَةِ يَحْتَاجُ إِلَى رِضَا الْعَاقِدِ وَقَبْضِ الْمَبِيعِ، وَإِنْتِفَاءُ أَحَدِهِمَا يُوجِبُ عَدَمَ تَمَامِهَا، وَإِنْ كَانَ الْمَبِيعُ ثُوبًا وَاحِدًا وَقَدْ قَبِضَهُ الْمُشْتَرِي ثُمَّ اسْتَحَقَّ بَعْضُ الثُّوبِ فَلِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ فِي رَدِّ مَا بَقِيَ، لِأَنَّ التَّشْقِيقَ فِي الثُّوبِ عَيْبٌ لَأَنَّهُ يَضُرُّ فِي مَالِيَّتِهِ وَالْإِنْتِفَاعُ بِهِ. فَإِنْ قِيلَ: حَدَثَ بِالْإِسْتِحْقَاقِ عَيْبٌ جَدِيدٌ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي وَمِثْلُهُ يَمْنَعُ الرَّدَّ بِالْعَيْبِ.

أَجَابَ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ (وَقَدْ كَانَ وَقْتُ الْبَيْعِ) يَعْنِي أَنَّهُ لَيْسَ بِحَادِثٍ فِي يَدِهِ بَلْ كَانَ فِي يَدِ الْبَائِعِ حَيْثُ ظَهَرَ الْإِسْتِحْقَاقُ فَلَا يَكُونُ مَانِعًا، بِخِلَافِ الْمَكِيلِ وَالْمُوزُونِ فَإِنَّ التَّشْقِيقَ لَيْسَ بِعَيْبٍ فِيهِمَا حَيْثُ لَا يَضُرُّ، وَتَبَيَّنَ لِكَلَامِ الْمُصَنِّفِ تَجِدُ حُكْمَ الْعَيْبِ وَالْإِسْتِحْقَاقِ سَيِّئِينَ قَبْلَ الْقَبْضِ فِي جَمِيعِ الصُّوَرِ: أَعْنِي فِيمَا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ أَوْ غَيْرَهُمَا. أَمَّا الْعَيْبُ فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا الْإِسْتِحْقَاقُ فَلَقَوْلُهُ أَمَّا إِذَا كَانَ ذَلِكَ قَبْلَ الْقَبْضِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّ الْبَاقِيَ لِتَفَرُّقِ الصَّفَقَةِ قَبْلَ التَّمَامِ، وَتَجِدُ حُكْمَهُمَا بَعْدَ الْقَبْضِ كَذَلِكَ إِلَّا فِي الْمَكِيلِ

وَالْمُوزُونِ لِأَنَّهُ ذُكِرَ فِي الْعَبْدَيْنِ وَهَذَا لَوْ أُسْتَحِقَّ أَحَدُهُمَا لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّ الْآخَرَ، وَقَالَ فِي الْمَكِيلِ وَالْمُوزُونِ رَدُّهُ كُلُّهُ أَوْ أَخَذَهُ، وَمُرَادُهُ بَعْدَ الْقَبْضِ. ثُمَّ قَالَ: وَلَوْ أُسْتَحِقَّ الْبَعْضُ لَا خِيَارَ لَهُ فِي رَدِّ مَا بَقِيَ.

(قَالَ: وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً فَوَجَدَ بِهَا قُرْحًا فَدَاوَاهُ أَوْ كَانَتْ دَابَّةً فَرَكِبَهَا فِي حَاجَةٍ فَهُوَ رِضًا؛) لَأَنَّ ذَلِكَ دَلِيلُ قَصْدِهِ الْاسْتِبْقَاءَ بِخِلَافِ خِيَارِ الشَّرْطِ؛ لِأَنَّ الْخِيَارَ هُنَاكَ لِلْاخْتِبَارِ وَأَنَّهُ بِالْاسْتِعْمَالِ فَلَا يَكُونُ الرُّكُوبُ مُسْقِطًا (وَإِنْ رَكِبَهَا لِيَرُدَّهَا عَلَى بَائِعِهَا أَوْ لِيَسْقِيَهَا أَوْ لِيَشْتَرِيَ لَهَا عِلْفًا فَلَيْسَ بِرِضًا) أَمَّا الرُّكُوبُ لِلرَّدِّ؛ فَلِأَنَّهُ سَبَبُ الرَّدِّ وَالْجَوَابُ فِي السَّقْيِ وَاشْتِرَاءِ الْعِلْفِ مَحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا كَانَ لَا يَجِدُ بُدًّا مِنْهُ، إِمَّا لَصُعُوبَتِهَا أَوْ لَعَجْزِهِ أَوْ لَكُونِ الْعِلْفِ فِي عِدَلٍ وَاحِدٍ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ يَجِدُ بُدًّا مِنْهُ لِانْعِدَامِ مَا ذَكَرْنَاهُ يَكُونُ رِضًا.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً فَوَجَدَ بِهَا قُرْحًا فَدَاوَاهُ الْمُشْتَرِي) جُرْحُ الْجَارِيَةِ الْمُشْتَرَاةِ وَرُكُوبُ الدَّابَّةِ فِي حَاجَتِهِ عُدَّ رِضًا بِالْعَيْبِ لِأَنَّ ذَلِكَ دَلِيلُ قَصْدِ الْاسْتِبْقَاءِ لِأَنَّ الدَّوَاءَ إِزَالَةُ الْعَيْبِ وَهِيَ تَمْنَعُ الرَّدَّ. لِأَنَّ تَقْيِضَهُ وَهُوَ قِيَامُ الْعَيْبِ شَرْطُ التَّمَكُّنِ مِنَ الرَّدِّ فَكَانَتْ دَلِيلُ قَصْدِ الْإِمْسَاكِ، وَدَلِيلُ الشَّيْءِ فِي الْأُمُورِ الْبَاطِنَةِ يَقُومُ مَقَامَهُ فَلَا يَتِمَكَّنُ مِنَ الرَّدِّ بِذَلِكَ الْعَيْبِ، وَلَهُ ذَلِكَ بَعِيْبٍ آخَرَ لِأَنَّ الرِّضَا بِعَيْبٍ لَا يَسْتَلْزِمُ رِضَاهُ بغيرِهِ.

وَكَذَلِكَ الرُّكُوبُ لِحَاجَتِهِ، بِخِلَافِ خِيَارِ الشَّرْطِ لِأَنَّهُ لِلْاخْتِبَارِ، وَالْاخْتِبَارُ بِالرُّكُوبِ فَلَا يَكُونُ مُسْقِطًا (وَإِنْ رَكِبَهَا لِيَرُدَّهَا عَلَى بَائِعِهَا أَوْ لِيَسْقِيَهَا أَوْ لِيَشْتَرِيَ لَهَا عِلْفًا فَلَيْسَ ذَلِكَ بِرِضًا، أَمَّا الرُّكُوبُ لِلرَّدِّ فَلَا فَرْقَ) فِيهِ يَبَيِّنُ أَنَّ يَكُونُ لَهُ مِنْهُ بُدٌّ أَوْ لَا، لِأَنَّ فِي الرُّكُوبِ ضَبْطَ الدَّابَّةِ وَهُوَ أَحْفَظُ لَهَا مِنْ خُدُوثِ عَيْبٍ آخَرَ، وَأَمَّا لِلْسَّقْيِ وَالْعِلْفِ فَمَحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا لَمْ يَجِدْ مِنْهُ بُدًّا لَصُعُوبَةِ الدَّابَّةِ لَكُونِهَا شَمُوسًا، أَوْ لَعَجْزِهِ عَنْ الْمَشْيِ لضعْفٍ أَوْ كِبَرٍ، أَوْ لَكُونِ الْعِلْفِ فِي عِدَلٍ وَاحِدٍ، أَمَّا إِذَا وَجَدَ مِنْهُ بُدٌّ لِانْعِدَامِ الْأَوَّلَيْنِ أَوْ لَكُونِ الْعِلْفِ فِي عِدْلَيْنِ وَرَكِبَ كَانَ الرُّكُوبُ رِضًا، لِأَنَّ حَمْلَهُ حِينَئِذٍ مُمَكِّنٌ بِدُونِ الرُّكُوبِ.

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا قَدْ سَرَقَ وَلَمْ يَعْلَمْ بِهِ فَقَطَعَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ

وَيَأْخُذُ الثَّمَنَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَا: يَرْجِعُ بِمَا بَيْنَ قِيمَتِهِ سَارِقًا إِلَى غَيْرِ سَارِقٍ) وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ إِذَا قُتِلَ بِسَبَبٍ وَجِدَ فِي يَدِ الْبَائِعِ. وَالْحَاصِلُ أَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْإِسْتِحْقَاقِ عِنْدَهُ وَبِمَنْزِلَةِ الْعَيْبِ عِنْدَهُمَا. لَهُمَا أَنَّ الْمَوْجُودَ فِي يَدِ الْبَائِعِ سَبَبُ الْقَطْعِ وَالْقَتْلِ وَأَنَّهُ لَا يُنَافِي الْمَالِيَّةَ فَتَقْدُ الْعَقْدُ فِيهِ لَكِنَّهُ مُتَعَيِّبٌ فَيَرْجِعُ بِتُقْصَانِهِ عِنْدَ تَعَذُّرِ رَدِّهِ وَصَارَ كَمَا إِذَا اشْتَرَى جَارِيَةً حَامِلًا فَمَاتَتْ فِي يَدِهِ بِالْوِلَادَةِ فَإِنَّهُ يَرْجِعُ بِفَضْلِ مَا بَيْنَ قِيمَتِهَا حَامِلًا إِلَى غَيْرِ حَامِلٍ. وَلَهُ أَنَّ سَبَبَ الْوُجُوبِ فِي يَدِ الْبَائِعِ وَالْوُجُوبُ يُفْضِي إِلَى الْوُجُودِ فَيَكُونُ الْوُجُودُ مُضَافًا إِلَى السَّبَبِ السَّابِقِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا قُتِلَ الْمَغْصُوبُ أَوْ قُطِعَ بَعْدَ الرَّدِّ بِجَنَائِيَةٍ وَجِدَتْ فِي يَدِ الْغَاصِبِ، وَمَا ذُكِرَ مِنَ الْمَسْأَلَةِ مَمْنُوعٌ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا قَدْ سَرَقَ وَلَمْ يَعْلَمْ بِهِ الْخ) رَجُلٌ اشْتَرَى عَبْدًا قَدْ سَرَقَ وَلَمْ يَعْلَمْ بِهِ الْمُشْتَرِي لَا وَقْتُ الْعَقْدِ وَلَا وَقْتُ الْقَبْضِ فَقُطِعَ عِنْدَهُ فَلَهُ أَنْ يَرُدَّهُ وَيَأْخُذَ الثَّمَنَ كُلَّهُ، وَلَهُ أَنْ يُنْسِكَهُ وَيَرْجِعَ بِنِصْفِ الثَّمَنِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: إِنَّهُ يُقَوِّمُ سَارِقًا وَغَيْرَ سَارِقٍ فَيَرْجِعُ بِفَضْلِ مَا بَيْنَهُمَا مِنَ الثَّمَنِ، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ إِذَا قُتِلَ بِسَبَبٍ كَانَ فِي يَدِ الْبَائِعِ مِنَ الْقَتْلِ الْعَمْدِ أَوْ الرَّدَّةِ: لَهُمَا أَنَّ الْمَوْجُودَ فِي يَدِ الْبَائِعِ سَبَبُ الْقَطْعِ أَوْ الْقَتْلِ وَهُوَ لَا يُنَافِي الْمَالِيَّةَ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ مَاتَ تَقَرَّرَ الثَّمَنُ عَلَى الْمُشْتَرِي وَتَصَرَّفَهُ فِيهِ نَافِذٌ فَتَكُونُ الْمَالِيَّةُ بَاقِيَةً فَيَقْدُ الْعَقْدُ فِيهِ لِأَنَّهُ يَعْتَمِدُهَا لَكِنَّهُ مُتَعَيِّبٌ لِأَنَّ مُبَاحَ الْيَدِ أَوْ الدَّمِ لَا يُشْتَرَى كَالسَّلَامِ لِأَنَّهُ أَشَدُّ مِنَ الْمَرَضِ الَّذِي هُوَ عَيْبٌ بِالْإِجْمَاعِ، وَالْمَيْعُ الْمُتَعَيِّبُ عِنْدَ تَعَذُّرِ الرَّدِّ يَرْجِعُ فِيهِ بِتُقْصَانِهِ، وَهَاهُنَا قَدْ تَعَذَّرَ الرَّدُّ. أَمَّا فِي صُورَةِ الْقَتْلِ فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا فِي صُورَةِ الْقَطْعِ فَلَأَنَّ الْإِسْتِيفَاءَ وَقَعَ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي وَهُوَ غَيْرُ الْوُجُوبِ فَكَانَ كَعَيْبٍ حَدَثَ فِي يَدِهِ، وَمِثْلُهُ مَانِعٌ مِنَ الرَّدِّ بِعَيْبٍ سَابِقٍ كَمَا تَقَدَّمَ فَيَرْجِعُ بِالتَّقْصَانِ، كَمَا إِذَا اشْتَرَى جَارِيَةً حَامِلًا وَلَمْ يَعْلَمْ بِالْحَمْلِ وَقْتُ الشِّرَاءِ وَالْقَبْضِ فَمَاتَتْ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي بِالْوِلَادَةِ فَإِنَّهُ يَرْجِعُ بِفَضْلِ مَا بَيْنَ قِيمَتِهَا حَامِلًا وَمَا بَيْنَ قِيمَتِهَا غَيْرِ حَامِلٍ. وَلَهُ أَنَّ سَبَبَ الْوُجُوبِ فِي يَدِ الْبَائِعِ وَسَبَبُ الْوُجُوبِ يُفْضِي إِلَى الْوُجُوبِ وَالْوُجُوبُ يُفْضِي إِلَى الْوُجُودِ فَيَكُونُ الْوُجُودُ مُضَافًا إِلَى السَّبَبِ السَّابِقِ فَصَارَ كَالْمُسْتَحَقِّ، وَالْمُسْتَحَقُّ لَا يَتَنَاوَلُهُ الْعَقْدُ فَيَنْتَقِضُ الْقَبْضُ مِنَ الْأَصْلِ لِعَدَمِ مُصَادَقَةِ الْعَقْدِ مَحَلَّهُ، أَوْ لِأَنَّهُ بَاعَ مَقْطُوعَ الْيَدِ

فِيرْجِعُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ إِنْ رَدَّهُ، كَمَا لَوْ أُسْحِقَ بَعْضُ الْعَبْدِ فَرَدَّهُ وَصَارَ كَمَا إِذَا غَصَبَ عَبْدًا فَقَتَلَ الْعَبْدَ عِنْدَ الْغَاصِبِ رَجُلًا عَمْدًا فَرَدَّهُ عَلَى الْمَوْلَى فَأَقْطَصَ مِنْهُ فِي يَدِهِ، فَإِنْ الْغَاصِبُ يَضْمَنُ قِيَمَتَهُ كَمَا لَوْ قَتَلَ فِي يَدِ الْغَاصِبِ. وَالْجَوَابُ عَنْ مَسْأَلَةِ الْحَمْلِ أَنَّهَا مَمْنُوعَةٌ فَإِنْ ذَلِكَ قَوْلُهَا.

وَأَمَّا عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ فَالْمُشْتَرِي يَرْجِعُ عَلَى الْبَائِعِ بِكُلِّ الثَّمَنِ إِذَا مَاتَ مِنْ الْوِلَادَةِ كَمَا هُوَ مَذْهَبُهُ فِيمَا إِذَا أَقْطَصَ مِنَ الْعَبْدِ الْمُشْتَرَى، وَلَكِنْ سَلَمْنَا فَنَقُولُ: ثُمَّ سَبَبُ الْمَوْتِ هُوَ الْمَرَضُ الْمُتْلَفُ وَهُوَ حَصَلَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي، وَعَنْ قَوْلِهِمَا سَبَبُ الْقَتْلِ لَا يُنَافِي الْمَالِيَّةَ بِأَنَّهُ كَذَلِكَ لَكِنْ اسْتِحْقَاقُ النَّفْسِ بِسَبَبِ الْقَتْلِ وَالْقَتْلُ مُتْلَفٌ لِلْمَالِيَّةِ فِي هَذَا الْمَحَلِّ لِأَنَّهُ يَسْتَلْزِمُهُ فَكَانَ بِمَعْنَى عِلَّةِ الْعِلَّةِ وَهِيَ تُقَامُ مَقَامَ الْعِلَّةِ فِي الْحُكْمِ، فَمِنْ هَذَا الْوَجْهِ سَارَتْ الْمَالِيَّةُ كَأَنَّهَا هِيَ الْمُسْتَحَقَّةُ، وَأَمَّا إِذَا مَاتَ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي فَتَقَرَّرَ الثَّمَنُ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ لَمْ يَتِمَّ اسْتِحْقَاقُ فِي حُكْمِ الاسْتِيفَاءِ فَلِهَذَا هَلَكَ فِي ضَمَانِ الْمُشْتَرِي، وَإِذَا قَتَلَ فَقَدْ تَمَّ اسْتِحْقَاقُ، وَلَا يَبْعُدُ أَنْ يَظْهَرَ اسْتِحْقَاقُ فِي حُكْمِ الاسْتِيفَاءِ دُونَ غَيْرِهِ كَمِلْكَ مَنْ لَهُ الْقِصَاصُ فِي نَفْسٍ مِنْ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ لَا يَظْهَرُ إِلَّا فِي حُكْمِ الاسْتِيفَاءِ، حَتَّى لَوْ قَتَلَ مَنْ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ خَطَأً كَانَتْ الدِّيَّةُ لَوَرَّثَتْهُ دُونَ مَنْ لَهُ الْقِصَاصُ.

وَلَوْ سَرَقَ فِي يَدِ الْبَائِعِ ثُمَّ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي فَقُطِعَ بِهِمَا عِنْدَهُمَا يَرْجِعُ بِالنُّقْصَانِ كَمَا ذَكَرْنَا. وَعِنْدَهُ لَا يَرُدُّهُ بِدُونِ رِضَا الْبَائِعِ لِلْعَيْبِ الْحَادِثِ وَيَرْجِعُ بِرُبْعِ الثَّمَنِ، وَإِنْ قَبِلَهُ الْبَائِعُ فَبِثَلَاثَةِ الْأَرْبَاعِ؛ لِأَنَّ الْيَدَ مِنَ الْإِدْمِي نِصْفُهُ وَقَدْ تَلَفَتْ بِالْجِنَايَتَيْنِ وَفِي إِحْدَاهُمَا رُجُوعٌ فَيَتَنَصَّفُ؛ وَلَوْ تَدَاوَلَتْهُ الْأَيْدِي ثُمَّ قُطِعَ فِي يَدِ الْأَخِيرِ رَجَعَ الْبَاعَةُ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ عِنْدَهُ كَمَا فِي اسْتِحْقَاقِ، وَعِنْدَهُمَا يَرْجِعُ الْأَخِيرُ عَلَى بَائِعِهِ وَلَا يَرْجِعُ بَائِعُهُ عَلَى بَائِعِهِ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْعَيْبِ. وَقَوْلُهُ (فِي الْكِتَابِ وَلَمْ يَعْلَمْ الْمُشْتَرِي) يُفِيدُ عَلَى مَذْهَبِهِمَا؛ لِأَنَّ الْعِلْمَ بِالْعَيْبِ رِضًا بِهِ، وَلَا يُفِيدُ عَلَى قَوْلِهِ فِي الصَّحِيحِ؛ لِأَنَّ الْعِلْمَ بِالْإِسْتِحْقَاقِ لَا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ.

الشرح:

قَالَ (وَلَوْ سَرَقَ فِي يَدِ الْبَائِعِ ثُمَّ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي إلخ) إِذَا كَانَ الْعَبْدُ الْمَبِيعُ سَرَقَ فِي يَدِ الْبَائِعِ ثُمَّ سَرَقَ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي فَقُطِعَ بِهِمَا عِنْدَهُمَا يَرْجِعُ بِالنُّقْصَانِ كَمَا

ذَكَرْتَاهُ آتِفًا. وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لَا يَرُدُّهُ إِلَّا بِرِضَا الْبَائِعِ بِالْعَيْبِ الْحَادِثِ وَهُوَ الْقَطْعُ
 بِالسَّرِقَةِ الْحَادِثَةِ عِنْدَهُ؛ ثُمَّ الْأَمْرُ لَا يَخْلُو مِنْ أَنْ يَقْبَلَهُ الْبَائِعُ كَذَلِكَ وَأَنْ لَا يَقْبَلَ، فَإِنْ لَمْ
 يَقْبَلْهُ يَرْجِعُ الْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ بِرُبْعِ الثَّمَنِ لِأَنَّهَا قُطِعَتْ بِالسَّبَبَيْنِ فَيَرْجِعُ بِمَا يُقَابِلُ
 نِصْفَ الْبَيْدِ، وَإِنْ قَبِلَ يَرْجِعُ بِثَلَاثَةِ أَرْبَاعِ الثَّمَنِ لِأَنَّ الْبَيْدَ نِصْفُ الْآدَمِيِّ وَتَلَفَتْ
 بِالْجَنَائِطَيْنِ، وَفِي إِحْدَاهُمَا الرُّجُوعُ عَلَى الْبَائِعِ فَيُقَسَّمُ النِّصْفُ عَلَيْهِمَا بِنِصْفَيْنِ وَالنِّصْفُ
 الْآخَرُ يَرْجِعُ فِيهِ عَلَى الْبَائِعِ فَيَرُدُّهُ الْعَبْدُ عَلَيْهِ. فَإِنْ قِيلَ: إِذَا حَدَثَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي عَيْبٌ ثُمَّ
 أُطْلِعَ عَلَى عَيْبٍ كَانَ عِنْدَ الْبَائِعِ فَقَبِلَهُ الْبَائِعُ كَذَلِكَ رَجَعَ الْمُشْتَرِي عَلَيْهِ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ
 فَلَمْ يَكُنْ هُنَا كَذَلِكَ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ هَذَا عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ نَظَرًا إِلَى جَرَيَانِهِ مَجْرَى
 الْاسْتِحْقَاقِ، وَمَا ذَكَرْتُمْ لَا يَتَصَوَّرُ فِيهِ. فَإِنْ قِيلَ: أَلَا تَذْكُرُونَ مَا تَقَدَّمَ أَنَّ حُكْمَ الْعَيْبِ
 وَالْاسْتِحْقَاقِ يَسْتَوِيَانِ قَبْلَ الْقَبْضِ وَبَعْدَهُ فِي غَيْرِ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ فَمَا الَّذِي أَوْجَبَ
 الْاِخْتِلَافَ هَاهُنَا بَيْنَهُمَا؟ قُلْنَا: بَلَى لَكِنْ لَيْسَ كَلَامُنَا الْآنَ فِيهِمَا بَلْ فِيمَا يَكُونُ بِمَنْزِلَةِ
 الْاسْتِحْقَاقِ وَالْمَعِيبِ، وَمَا يُنْزَلُ مَنْزِلَةُ الشَّيْءِ لَا يَلْزَمُ أَنْ يُسَاوِيَهُ فِي جَمِيعِ الْأَحْكَامِ
 فَعَسَى يَكْفِي شَبَهًا بَيْنَ مَا نَحْنُ فِيهِ، وَالْاسْتِحْقَاقُ كَوْنُ الْعَقْدِ غَيْرَ مُتَنَاوِلٍ لِيَنْتَقِضَ
 الْقَبْضُ مِنَ الْأَصْلِ لَمَّا مَرَّ آتِفًا. قَالَ: وَلَوْ تَدَاوَلَتْهُ الْأَيْدِي: يَعْنِي بَعْدَ وُجُودِ السَّرِقَةِ مِنْ
 الْعَبْدِ فِي يَدِ الْبَائِعِ. إِذَا تَدَاوَلَتْهُ الْأَيْدِي بِالْبَيَاعَاتِ ثُمَّ قُطِعَ الْعَبْدُ فِي يَدِ الْآخِرِ تَرَجَعَ
 الْبَاعَةُ وَهُوَ جَمْعُ بَائِعٍ كَالْحَاكَةِ جَمْعُ حَائِكٍ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ كَمَا فِي
 الْاسْتِحْقَاقِ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَتِهِ، وَعِنْدَهُمَا يَرْجِعُ الْآخِرُ عَلَى بَائِعِهِ وَلَا يَرْجِعُ بَائِعُهُ عَلَى بَائِعِهِ
 كَمَا فِي الْعَيْبِ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَتِهِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْمُشْتَرِي الْآخِرَ لَمْ يَصِرْ حَابِسًا حَيْثُ لَمْ يَبِعْهُ،
 وَلَا كَذَلِكَ الْآخَرُونَ فَإِنَّ الْبَيْعَ يَمْنَعُ الرُّجُوعَ لِنُقْصَانِ الْعَيْبِ لَمَّا تَقَدَّمَ (قَوْلُهُ وَقَوْلُهُ فِي
 الْكِتَابِ) أَيُّ قَوْلٍ مُحَمَّدٌ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ (وَلَمْ يَعْلَمْ الْمُشْتَرِي يُفِيدُ عَلَى مَذْهَبِهِمَا لِأَنَّ)
 هَذَا يَجْرِي مَجْرَى الْعَيْبِ عِنْدَهُمَا وَالْعِلْمُ بِالْعَيْبِ رِضًا بِهِ، وَلَا يُفِيدُ عَلَى مَذْهَبِ أَبِي
 حَنِيفَةَ فِي الصَّحِيحِ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْاسْتِحْقَاقِ وَالْعِلْمُ بِهِ لَا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ.

وَقَوْلُهُ (فِي الصَّحِيحِ) احْتِرَازٌ عَمَّا رُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ لِأَنَّ حِلَّ الدَّمِ
 مِنْ وَجْهِهِ كَالْاسْتِحْقَاقِ وَمِنْ وَجْهِهِ كَالْعَيْبِ حَتَّى لَا يَمْنَعَ صِحَّةَ الْبَيْعِ فَلَشَبَهَهُ
 بِالْاسْتِحْقَاقِ قُلْنَا عِنْدَ الْجَهْلِ بِهِ يَرْجِعُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ، وَلَشَبَهَهُ بِالْعَيْبِ قُلْنَا لَا يَرْجِعُ عِنْدَ

الْعِلْمِ بِشَيْءٍ، لِأَنَّهُ إِنَّمَا جُعِلَ هَذَا كَالِاسْتِحْقَاقِ لِدَفْعِ الضَّرَرِ عَنِ الْمُشْتَرِي وَقَدْ ائْتَدَعَ حِينَ عِلْمِهِ بِهِ وَاشْتَرَاهُ. وَقَالَ شَمْسُ الْأُيُتْمَةِ: إِذَا اشْتَرَاهُ وَهُوَ يَعْلَمُ بِحِلِّ دَمِهِ فِيهِ أَصَحُّ الرُّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ يَرْجِعُ بِالثَّمَنِ أَيْضًا إِذَا قُتِلَ عِنْدَهُ لِأَنَّ هَذَا بِمَنْزِلَةِ الْاسْتِحْقَاقِ. وَقَالَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ: الصَّحِيحُ أَنَّ الْجَهْلَ وَالْعِلْمَ سَوَاءٌ لِأَنَّهُ مِنْ قَبِيلِ الْاسْتِحْقَاقِ، وَالْعِلْمُ بِالْاسْتِحْقَاقِ لَا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ.

قِيلَ فِيهِ نَظَرٌ، لِأَنَّا سَلَمْنَا أَنَّ الْعِلْمَ بِالْاسْتِحْقَاقِ لَا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ، لَكِنْ لَا نُسَلِّمُ أَنَّ الْعِلْمَ بِالْعَيْبِ لَا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ، وَهَذَا عَيْبٌ لِأَنَّهُ مُوجِبٌ لِنَقْصَانِ الثَّمَنِ، وَلَكِنَّهُ أَجْرِي مَجْرَى الْاسْتِحْقَاقِ وَنُزْلَ مَنْزِلَتِهِ لَا حَقِيقَتَهُ، لِأَنَّ فِي حَقِيقَتِهِ يَبْطُلُ الْبَيْعُ وَيَرْجِعُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا سَوَاءٌ كَانَ عَالِمًا بِذَلِكَ أَوْ جَاهِلًا قَبْلَ الْقَبْضِ أَوْ بَعْدَهُ، وَهُنَا لَا يَبْطُلُ الْبَيْعُ. وَالْجَوَابُ أَنَّ كَوْنَهَا أَصَحَّ أَوْ صَحِيحًا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مِنْ حَيْثُ صِحَّةُ الثَّقَلِ وَشَهْرَتُهُ فَلَا يُرَدُّ السُّؤَالُ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مِنْ حَيْثُ الدَّلِيلُ.

وَقَوْلُهُ فِي النَّظَرِ وَهَذَا عَيْبٌ مَمْنُوعٌ لِأَنَّهُمْ صَرَّحُوا أَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْعَيْبِ أَوْ أَنَّهُ عَيْبٌ مِنْ وَجْهِهِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ فَلَا يَلْزَمُ أَنْ يَكُونَ حُكْمُهُ حُكْمَ الْعَيْبِ مِنْ كُلِّ وَجْهِهِ، وَقَدْ تَرَجَّحَ جَانِبُ الْاسْتِحْقَاقِ بِالْأَدْلَالِ الْمُتَقَدِّمَةِ فَأَجْرِي مَجْرَاهُ

(قَالَ: وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا وَشَرَطَ الْبَرَاءَةَ مِنْ كُلِّ عَيْبٍ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ بِعَيْبٍ وَإِنْ لَمْ يُسَمَّ الْعُيُوبُ بَعْدَهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا تَصِحُّ الْبَرَاءَةُ بِنَاءً عَلَى مَذْهَبِهِ أَنَّ الْإِبْرَاءَ عَنِ الْحَقُوقِ الْمَجْهُولَةِ لَا يَصِحُّ. هُوَ يَقُولُ: إِنَّ فِي الْإِبْرَاءِ مَعْنَى التَّمْلِيكِ حَتَّى يَرْتَدَّ بِالرَّدِّ وَتَمْلِيكِ الْمَجْهُولِ لَا يَصِحُّ. وَلَنَا أَنَّ الْجَهْلَانَ فِي الْإِسْقَاطِ لَا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ وَإِنْ كَانَ فِي ضِمْنِهِ التَّمْلِيكُ لَعَدَمِ الْحَاجَةِ إِلَى التَّسْلِيمِ فَلَا تَكُونُ مُفْسِدَةً، وَيَدْخُلُ فِي هَذِهِ الْبَرَاءَةِ الْعَيْبُ الْمَوْجُودُ وَالْحَادِثُ قَبْلَ الْقَبْضِ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَدْخُلُ فِيهِ الْحَادِثُ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: لِأَنَّ الْبَرَاءَةَ تَتَنَاوَلُ الثَّابِتَ. وَلَا بِي يُوسُفَ أَنَّ الْغَرَضَ الْإِزَامُ الْعَقْدِ بِإِسْقَاطِ حَقِّهِ عَنْ صِفَةِ السَّلَامَةِ وَذَلِكَ بِالْبَرَاءَةِ عَنِ الْمَوْجُودِ وَالْحَادِثِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا وَشَرَطَ الْبَرَاءَةَ مِنْ كُلِّ عَيْبٍ) الْبَيْعُ بِشَرَطِ الْبَرَاءَةِ عَنْ كُلِّ عَيْبٍ صَحِيحٌ سَمَّى الْعُيُوبَ وَعَدَّهَا أَوْ لَا عِلْمَهُ الْبَائِعُ أَوْ لَمْ يَعْلَمْهُ وَقَفَ عَلَيْهِ الْمُشْتَرِي

أَوْ لَمْ يَقِفْ أَشَارَ إِلَيْهِ أَوْ لَا مَوْجُودًا كَانَ عِنْدَ الْعَقْدِ وَالْقَبْضِ أَوْ حَدَثَ بَعْدَ الْعَقْدِ قَبْلَ الْقَبْضِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ فِي رِوَايَةٍ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَدْخُلُ الْحَادِثُ قَبْلَ الْقَبْضِ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ وَالشَّافِعِيِّ وَمَالِكٍ. وَقَالَ زُفَرٌ: إِذَا كَانَ مَجْهُولًا صَحَّ الْبَيْعُ وَفَسَدَ الشَّرْطُ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا تَصِحُّ الْبَرَاءَةُ مِنْ كُلِّ عَيْبٍ) مَا لَمْ يَقُلْ مِنْ عَيْبٍ كَذَا وَمِنْ عَيْبٍ كَذَا. وَكَانَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى يَقُولُ: لَا تَصِحُّ الْبَرَاءَةُ مِنَ الْعَيْبِ مَعَ التَّسْمِيَةِ مَا لَمْ يَرَهُ الْمُشْتَرِي.

وَقَدْ جَرَتْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي مَجْلِسِ أَبِي جَعْفَرٍ الدَّوَانِقِيِّ، فَقَالَ لَهُ أَبُو حَنِيفَةَ: أَرَأَيْتَ لَوْ بَاعَ جَارِيَةً فِي الْمَائِيَّ مِنْهَا عَيْبٌ أَكَانَ يَجِبُ عَلَى الْبَائِعِ أَنْ يُرِيَ الْمُشْتَرِي ذَلِكَ الْمَوْضِعَ مِنْهَا؟ أَرَأَيْتَ لَوْ أَنَّ بَعْضَ حَرَمِ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ بَاعَ عَبْدًا بِرَأْسِ ذَكَرِهِ بَرَصٌ أَكَانَ يَلْزَمُهُ أَنْ يُرِيَ الْمُشْتَرِي ذَلِكَ؟ وَمَا زَالَ حَتَّى أَفْحَمَهُ وَضَحَكَ الْخَلِيفَةُ مِمَّا صَنَعَ بِهِ. الشَّافِعِيُّ يَقُولُ: إِذَا بَاعَ بِشَرْطِ الْبَرَاءَةِ مِنْ كُلِّ عَيْبٍ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ، وَفِي قَوْلٍ آخَرَ لَهُ: الْبَيْعُ صَحِيحٌ وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ بِنَاءً عَلَى مَذْهَبِهِ أَنَّ الْإِبْرَاءَ عَنِ الْحُقُوقِ الْمَجْهُولَةِ لَا تَصِحُّ، لِأَنَّ فِي الْإِبْرَاءِ مَعْنَى التَّمْلِكِ، وَلِهَذَا لَوْ أُرِيَ الْمُدْيُونُ عَنْ دَيْنِهِ فَرَدَّ الْإِبْرَاءَ لَمْ يَصِحَّ الْإِبْرَاءُ، وَتَمْلِكُ الْمَجْهُولَ لَا يَصِحُّ.

وَلَنَا أَنَّ الْإِبْرَاءَ إِسْقَاطٌ لَا تَمْلِكُ لَأَنَّهُ لَا يَصِحُّ تَمْلِكُ الْعَيْنِ بِهَذِهِ اللَّفْظَةِ وَيَصِحُّ الْإِبْرَاءُ بِإِسْقَاطِ عَنْكَ ذَنْبِي، وَلَأَنَّهُ يَتِمُّ بِلا قَبُولٍ وَالتَّمْلِكُ لَا يَتِمُّ بِدُونِهِ، وَإِسْقَاطُ لَا تُفْضِي الْجَهَالَةَ فِيهِ إِلَى الْمُنَازَعَةِ لِأَنَّ الْجَهَالَةَ إِنَّمَا أَبْطَلَتْ التَّمْلِكَاتِ لِفَوَاتِ التَّسْلِيمِ الْوَاجِبِ بِالْعَقْدِ وَهُوَ لَا يَتَصَوَّرُ فِي الْإِسْقَاطِ فَلَا يَكُونُ مُبْطَلًا لَهُ، وَلِهَذَا جَازَ طَلَاقُ نِسَائِهِ وَإِعْتَاقُ عَبِيدِهِ وَهُوَ لَا يَذَرِي عَدَدَهُمْ. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ كَانَ فِي ضَمْنِهِ التَّمْلِكُ) إِمَّا إِشَارَةً إِلَى الْجَوَابِ عَنْ قَوْلِهِ يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ ذَلِكَ لَمَّا فِيهِ مِنْ مَعْنَى التَّمْلِكِ ضَمْنًا، وَهُوَ لَا يُؤَثِّرُ فِي فُسَادِ مَا قُلْنَا لَأَنَّا بَيَّنَّا أَنَّ مَحْضَ التَّمْلِكِ لَا يَبْطُلُ بِجَهَالَةِ لَا تُفَوِّتُ التَّسْلِيمَ، كَمَا إِذَا بَاعَ قَفِيزًا مِنْ صُبْرَةٍ فَلَانَ لَا يَبْطُلُ الْإِسْقَاطُ الَّذِي فِيهِ مَعْنَى التَّمْلِكِ، وَالْمُسْقَاطُ مُتَلَاشٍ لَا يَحْتَاجُ إِلَى التَّسْلِيمِ أَوَّلًا. وَوَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ إِنَّ الْبَرَاءَةَ تَتَنَاوَلُ الثَّابِتَ حَالِ الْبَرَاءَةِ لِأَنَّ مَا يُحْبَسُ مَجْهُولٌ لَا يُعْلَمُ أَيُّ حَدَثٍ أَمْ لَا وَأَيُّ مِقْدَارٍ يَحْدُثُ وَالثَّابِتُ لَيْسَ كَذَلِكَ فَلَا يَتَنَاوَلُهُ. وَأَبُو يُوسُفَ يَقُولُ: الْعَرَضُ مِنَ الْإِبْرَاءِ الزَّامُ

العقد بإسقاط حق المشتري عن صفة السلامة ليقدر على التسليم الواجب بالعقد وذلك بالبراءة عن الوجود والحادث. فإن قيل: لو نص بالحادث فقال بعث بشرط البراءة عن كل عيب أو ما يحدث فالبئع فاسد بالإجماع، والحكم الذي يفسد تنصيبه كيف يدخل في مطلق البراءة؟ قلنا لا تسلم الإجماع فإنه ذكر في الذخيرة أنه يصح عند أبي يوسف خلافا لمحمد، سلمناه ولكن الفرق لأن ظاهر لفظه هاهنا يتناول العيوب الموجودة ثم يدخل فيها ما يحدث قبل القبض تبعاً، وقد يدخل في التصرف تبعاً ما لا يجوز أن يكون مقصوداً. والجواب عن قوله إن ما يحدث مجهول أن مثله من الجهالة غير مانع في الإسقاط كما تقدم (قوله ويدخل في هذه البراءة) احتراز عما لو قال بعث هذا العبد على ألي بريء من كل عيب به فإنه لا يبرأ عن الحادث بالإجماع لأنه لما قال به اقتصر على الموجود.

بَابُ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ

الشرح:

(بَابُ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ): تأخير غير الصحيح عن الصحيح لعله غير محتاج إلى تنبيه، ولُقب الباب بالفاسد وإن كان مشتملاً عليه وعلى الباطل لكثرة وقوعه بتعدد أسبابه. والباطل هو ما لا يكون صحيحاً أصلاً ووصفاً، والفاسد هو ما لا يصح وصفاً، وكل ما أورث خلافاً في ركن المبيع فهو مبطل، ومما أورثه في غيره كالتسليم والتسليم الواجبين به والانتفاع المقصود منه وعدم الإطلاق عن شرط لا يقتضيه وغير ذلك فهو مفسد، وعلى هذا تفصل المسائل المذكورة في الكتاب فيقال: البئع بالميتة لعة وهو الذي مات حتف أنفه، والدم والحرق باطل لانعدام الركن وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي، لأن هذه الأشياء لا تعد ما لا عند أحد ممن له دين سماوي.

وإنما قيدنا بقولنا لعة لتخرج المحنوقة وأمثالها كالمجروحة بالمذبوحة في غير المذبح فإن ذلك عندهم بمنزلة الذبيحة عندنا، ولهذا إذا باعوا ذلك فيما بينهم جاز. ذكره المصنف في التجنيس وإن كان ميتة عندنا، بخلاف الميتة حتف أنفه فإن بيعه فيما بينهم لا يجوز لأنها ليست بمال عندهم، وعلى هذا يكون قوله فالبئع فاسد فاللام الاستغراق على عموميه في بيعات المسلمين وغيرهم والبيع بالحمر والخنزير فاسد

لَوْجُودِ حَقِيقَتِهِ وَهِيَ مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ، فَإِنَّهُ أَيْ الْمَذْكُورُ مِنَ الْخَمْرِ وَالْخَنِزِيرِ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ عِنْدَ بَعْضِ أَهْلِ الْكُفْرِ.

وَأَيْمًا أَوْلَيْنَا بِذَلِكَ لِأَنَّهُ مَالٌ عِنْدَنَا بِلا خِلَافٍ لَكِنَّهُ لَيْسَ بِمُتَقَوِّمٍ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ أَبْطَلَ تَقَوُّمَهَا فِي حَقِّ الْمُسْلِمِينَ لِثَلَا يَتَمَوَّلُوهَا كَمَا أَبْطَلَ قِيَمَةَ الْجَوْدَةِ بِإِنْفِرَادِهَا فِي حَقِّ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ، وَلَوْ أَرَادَ بِقَوْلِهِ عِنْدَ بَعْضِ الْمُسْلِمِينَ لَمْ يَحْتَجْ إِلَى تَأْوِيلٍ لَكِنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ.

(وَإِذَا كَانَ أَحَدُ الْعِوَضَيْنِ أَوْ كِلَاهُمَا مُحَرَّمًا فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ كَالْبَيْعِ بِالْمَيْتَةِ وَالْدَمِّ وَالْخَنِزِيرِ وَالْخَمْرِ، وَكَذَا إِذَا كَانَ غَيْرَ مَمْلُوكٍ كَالْحُرِّ) قَالَ : هَذِهِ فُصُولُ جَمْعِهَا، وَفِيهَا تَفْصِيلُ نُبَيِّنُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى فَتَقُولُ: الْبَيْعُ بِالْمَيْتَةِ وَالْدَمِّ بَاطِلٌ، وَكَذَا بِالْحُرِّ لِانْتِدَامِ رُكْنِ الْبَيْعِ وَهُوَ مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ، فَإِنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ لَا تُعَدُّ مَالًا عِنْدَ أَحَدٍ وَالْبَيْعُ بِالْخَمْرِ وَالْخَنِزِيرِ فَاسِدٌ لَوْجُودِ حَقِيقَةِ الْبَيْعِ وَهُوَ مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ فَإِنَّهُ مَالٌ عِنْدَ الْبَعْضِ وَالبَاطِلُ لَا يُفِيدُ مِلْكَ التَّصَرُّفِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالْبَاطِلُ لَا يُفِيدُ مِلْكَ التَّصَرُّفِ) كَأَنَّهُ إِشَارَةٌ إِلَى الْفَرْقِ بَيْنَ الْبَاطِلِ وَالْفَاسِدِ، وَالْبَاطِلُ لَا يُفِيدُ مِلْكَ التَّصَرُّفِ وَمَا لَا يُفِيدُ مِلْكَ التَّصَرُّفِ لَا يُفِيدُ مِلْكَ الرِّقَّةِ فَالْبَاطِلُ لَا يُفِيدُ مِلْكَ الرِّقَّةِ.

وَلَوْ هَلَكَ الْمَبِيعُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي فِيهِ يَكُونُ أَمَانَةً عِنْدَ بَعْضِ الْمَشَايِخِ لِأَنَّ الْعَقْدَ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ فَبَقِيَ الْقَبْضُ بِإِذْنِ الْمَالِكِ وَعِنْدَ الْبَعْضِ يَكُونُ مَضْمُونًا لِأَنَّهُ لَا يَكُونُ أَدْنَى حَالًا مِنَ الْقَبْضِ عَلَى سَوْمِ الشَّرَاءِ. وَقِيلَ الْأَوَّلُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَالثَّانِي قَوْلُهُمَا كَمَا فِي بَيْعِ أُمِّ الْوَلَدِ وَالْمُبَرَّرِ عَلَى مَا نُبَيِّنُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَالْفَاسِدُ يُفِيدُ الْمِلْكَ عِنْدَ اتِّصَالِ الْقَبْضِ بِهِ وَيَكُونُ الْمَبِيعُ مَضْمُونًا فِي يَدِ الْمُشْتَرِي فِيهِ. وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَسَنَبِيئُهُ بَعْدَ هَذَا. وَكَذَا بَيْعُ الْمَيْتَةِ وَالْدَمِّ وَالْحُرِّ بَاطِلٌ لِأَنَّهُمَا لَيْسَتْ أَمْوَالًا فَلَا تَكُونُ مَحِلًّا لِلْبَيْعِ.

الشرح:

(وَلَوْ هَلَكَ الْمَبِيعُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي فِي الْبَاطِلِ يَكُونُ أَمَانَةً عِنْدَ بَعْضِ الْمَشَايِخِ) أَبِي أَحْمَدَ الطَّوَاوَيْسِيِّ وَهُوَ رِوَايَةُ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ نَصَّ عَلَى ذَلِكَ فِي السَّيْرِ الْكَبِيرِ،

نَقَلَهُ أَبُو الْمَعِينِ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الْكَبِيرِ (لَأَنَّ الْعَقْدَ) بَاطِلٌ وَالْبَاطِلُ (غَيْرُ مُعْتَبَرٍ) وَالْقَبْضُ بِإِذْنِ الْمَالِكِ فَيَكُونُ أَمَانَةً (وَعِنْدَ بَعْضِ آخَرٍ) شَمْسُ الْأُيُمَةِ السَّرْحَسِيَّةِ وَهُوَ رِوَايَةُ ابْنِ سِمَاعَةَ عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ (يَكُونُ مَضْمُونًا لِأَنَّهُ لَا يَكُونُ أَذْنَى حَالًا مِنْ الْمَقْبُوضِ عَلَى سَوَمِ الشِّرَاءِ) لَوْجُودِ صُورَةِ الْعِلَةِ هَاهُنَا دُونَ الْمَقْبُوضِ عَلَى سَوَمِ الشِّرَاءِ وَفِيهِ الْقِيَمَةُ فَكَذَلِكَ هَاهُنَا؛ وَالْمَقْبُوضُ عَلَى سَوَمِ الشِّرَاءِ هُوَ أَنْ يُسَمَّى الثَّمَنُ فَيَقُولُ اذْهَبْ بِهَذَا فَإِنْ رَضِيته اشْتَرَيْتَهُ بِعَشْرَةٍ.

أَمَّا إِذَا لَمْ يُسَمَّ الثَّمَنُ فَذَهَبَ بِهِ فَهَلْكَ عِنْدَهُ لَا يَضْمَنُ، نَصٌّ عَلَيْهِ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ فِي الْعِيُونِ. قِيلَ وَعَلَيْهِ الْفَتَاوَى. وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ سَلَمَةَ الْبَلْخِيُّ (الْأَوَّلُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَالثَّانِي قَوْلُهُمَا كَمَا فِي بَيْعِ أُمِّ الْوَلَدِ وَالْمُدَبَّرِ عَلَى مَا تُبَيِّنُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَالْفَاسِدُ يُفِيدُ الْمَلِكَ عِنْدَ اتِّصَالِ الْقَبْضِ بِهِ) أَيُّ إِذَا كَانَ ذَلِكَ الْقَبْضُ بِإِذْنِ الْمَالِكِ بِاتِّفَاقِ الرُّوَايَاتِ، وَأَمَّا إِذَا قَبِضَهُ بَعْدَ الْإِفْتِرَاقِ عَنِ الْمَجْلِسِ بِغَيْرِ إِذْنِ الْبَائِعِ ذَكَرَ فِي الْمَأْذُونِ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ. قَالُوا: ذَلِكَ مَحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا كَانَ الثَّمَنُ شَيْئًا لَا يَمْلِكُهُ الْبَائِعُ بِالْقَبْضِ كَالْخَمْرِ وَالْخَزِيرِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ شَيْئًا يَمْلِكُهُ فَقَبْضُ الثَّمَنِ مِنْهُ يَكُونُ إِذْنًا بِالْقَبْضِ.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ أَفَادَ ذَلِكَ الْمَلِكُ لِحَازَ لِلْمُشْتَرِي وَطْءَ جَارِيَةٍ اشْتَرَاهَا شِرَاءً فَاسِدًا وَجَازَ أَخَذَ الشُّفْعَةَ لِلشُّفْعِ فِي الدَّارِ الْمُشْتَرَاةِ بِشِرَاءٍ فَاسِدٍ وَيَحِلُّ أَكْلُ طَعَامٍ اشْتَرَاهُ كَذَلِكَ لِأَنَّ الْمَلِكَ مُطْلَقٌ لَهُ لَكِنْ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ. فَالْجَوَابُ أَنَّ مَا لَمْ يَحِلَّ وَطْؤُهَا وَأَكْلُهَا لَمْ تُثْبِتْ الشُّفْعَةُ فِيمَا ذَكَرَتْ لِأَنَّ فِي الْإِشْتِعَالِ بِالْوَطْءِ وَالْأَكْلِ إِعْرَاضًا عَنِ الرَّدِّ، وَفِي الْقَضَاءِ بِالشُّفْعَةِ تَقْرِيرَ الْفَسَادِ وَتَأْكِيدَهُ فَلَا يَجُوزُ.

وَأَعْلَمُ أَنَّ الْمَشَايِخَ اخْتَلَفُوا فِي مَبْنَى جَوَازِ التَّصَرُّفِ لِلْمُشْتَرِي فِي الْمَشْتَرَى بِشِرَاءٍ فَاسِدٍ: فَذَهَبَ الْعِرَاقِيُّونَ إِلَى أَنَّهُ مَبْنِيٌّ عَلَى تَسْلِيْطِ الْبَائِعِ عَلَى ذَلِكَ لَا عَلَى مِلْكِ الْعَيْنِ، وَاسْتَدَلُّوا بِالْمَسَائِلِ الْمَذْكُورَةِ. قَالُوا لَوْ مَلَكَ الْعَيْنَ لَمَلَكَ الْأُمُورَ الْمَذْكُورَةَ وَلَمْ يَمْلِكْهَا.

وَذَهَبَ مَشَايِخُ بَلْخِي إِلَى أَنَّ جَوَازَ التَّصَرُّفِ بِنَاءً عَلَى مِلْكِ الْعَيْنِ. وَاسْتَدَلُّوا بِمَا إِذَا اشْتَرَى دَارًا بِشِرَاءٍ فَاسِدٍ وَقَبِضَهَا فَبِيعَ بِجَنْبِهَا دَارًا أُخْرَى فَلِلْمُشْتَرِي أَنْ يَأْخُذَهُ بِالشُّفْعَةِ لِنَفْسِهِ. وَلَوْ اشْتَرَى جَارِيَةً بِشِرَاءٍ فَاسِدٍ وَقَبِضَهَا ثُمَّ رَدَّهَا عَلَى الْبَائِعِ وَجَبَ عَلَيْهِ

الاستبراء ولو باع الأب أو الوصي عبداً يقيم بيعاً فاسداً وقبضه المشتري ثم اعتقه جاز عتقه، ولو كان عتقه على وجه التسليط لما جاز لأن عتقهما أو تسليطهما على العتق لا يجوز فعلم بهذه الأحكام أنه يملك العين.

وأجابوا عن المسائل المذكورة بما ذكرنا قبل وهو الأصح. وإذا كان مفيداً للملك عند اتصال القبض به كان المبيع مضموناً في يد المشتري فيه: أي في البيع الفاسد، وفيه خلاف الشافعي وسنبيته بعد هذا في أول الفصل الذي يلي هذا الباب (قوله وكذا ينع المينة) يعني كما أن البيع بهذه الأشياء باطل فكذا ينع هذه الأشياء لأنها ليست أموالاً فلا تكون محلاً للبيع، وأما ينع الخمر والخزير فلا يخلو إما أن يكون بالدين كالدراهم والدنانير أو بالعين، فإن كان الأول فالبيع باطل لا يفيد ملك الخمر ولا ما يقابلها. وإن كان الثاني فالبيع فاسد لا يفيد ملك الخمر ويفيد ملك ما يقابلها من البدل بالقبض.

وجه الفرق بين الصورتين أن الخمر مال وكذا الخزير عند أهل الذمة إلا أنه غير متقوم: أي غير معزز يقابله قيمة لأن الشرع أمر بإهاتته وترك إعزازه، وما أمر الشرع بترك إعزازه لا يكون معزوزاً فلا يكون متقوماً، وفي تملكه بالعقد مقصود: أي يجعله مبيعاً إعزازاً له وهو خلاف المأمور به.

وبيانه ما ذكره بقوله وهذا لأنه متى اشتراها بالدرهم والدنانير فالدرهم غير مقصود لكونها وسيلة لما أنها تجب في الذمة وإنما المقصود الخمر، وفي جعله كذلك خلاف المأمور به فيسقط التقوم أصلاً لئلا يفضي إلى خلاف المأمور به. وحينئذ يكون البيع باطلاً، بخلاف ما إذا اشترى الثوب بالخمر لأن مشتري الثوب يجعله مبيعاً وإنما يقصد تملك الثوب بوسيلة الخمر، وفيه إعزاز للثوب دون الخمر فلم يكن ذكرها لنفسها بل لغيرها وليس في ذلك إعزازها ولا خلاف ما أمر به فلا يكون باطلاً وفسدت التسمية ووجب قيمة الثوب دون الخمر، وكذا إذا باع الخمر بالثوب يكون البيع فاسداً، وإن وقع الخمر مبيعاً والثوب ثمناً بدخول البائع لكونه مقايضة وفيها كل من العوضين يكون ثمناً وثمرناً، فلما كان في الخمر جهة الثمنية رجح جانب الفساد على جانب البطلان صوتاً للتصرف عن البطلان بقدر الإمكان.

وَأَمَّا بَيْعُ الْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ إِنْ كَانَ قَوْلُ بِلَدَيْنِ كَالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ، وَإِنْ كَانَ قَوْلُ بَعِينٍ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ حَتَّى يَمْلِكَ مَا يُقَابِلُهُ وَإِنْ كَانَ لَا يَمْلِكُ عَيْنَ الْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ. وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ الْخَمْرَ مَالٌ وَكَذَا الْخِنْزِيرُ مَالٌ عِنْدَ أَهْلِ الذِّمَّةِ إِلَّا أَنَّهُ غَيْرُ مُتَقَوِّمٍ لَمَّا أَنَّ الشَّرْعَ أَمَرَ بِإِهْلَاقِهِ وَتَرْكِ إِعْزَازِهِ، وَفِي تَمْلُكِهِ بِالْعَقْدِ مَقْصُودًا إِعْزَازٌ لَهُ، وَهَذَا لِأَنَّهُ مَتَى اشْتَرَاهُمَا بِالدَّرَاهِمِ فَالدَّرَاهِمُ غَيْرُ مَقْصُودَةٍ؛ لَكُونِهَا وَسِيلَةً لَمَّا أَنَّهَا تَجِبُ فِي الذِّمَّةِ، وَإِنَّمَا الْمَقْصُودُ الْخَمْرُ فَسَقَطَ التَّقَوُّمُ أَصْلًا، بِخِلَافِ مَا إِذَا اشْتَرَى الثَّوْبَ بِالْخَمْرِ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ لِلثَّوْبِ إِنَّمَا يَقْصِدُ تَمْلُكَ الثَّوْبِ بِالْخَمْرِ. وَفِيهِ إِعْزَازٌ لِلثَّوْبِ دُونَ الْخَمْرِ فَبَقِيَ ذِكْرُ الْخَمْرِ مُعْتَبَرًا فِي تَمْلُكِ الثَّوْبِ لَا فِي حَقِّ نَفْسِ الْخَمْرِ حَتَّى فَسَدَتْ التَّسْمِيَةُ وَوَجِبَتْ قِيَمَةُ الثَّوْبِ دُونَ الْخَمْرِ، وَكَذَا إِذَا بَاعَ الْخَمْرَ بِالثَّوْبِ لِأَنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ شِرَاءُ الثَّوْبِ بِالْخَمْرِ لَكُونِهِ مُقَابِلَةً.

قَالَ (وَبَيْعُ أُمِّ الْوَلَدِ وَالْمُدَبِّرِ وَالْمُكَاتِبِ فَاسِدٌ) وَمَعْنَاهُ بَاطِلٌ لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَ الْعِتْقِ قَدْ ثَبَتَ لِأُمِّ الْوَلَدِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا» وَسَبَبُ الْحُرِّيَةِ انْعِقَادُ فِي الْمُدَبِّرِ فِي الْحَالِ لِبُطْلَانِ الْأَهْلِيَّةِ بَعْدَ الْمَوْتِ، وَالْمُكَاتِبُ اسْتَحَقَّ يَدًا عَلَى نَفْسِهِ لِأَنَّهُ لَا زِمَةَ فِي حَقِّ الْمَوْلَى، وَلَوْ ثَبَتَ الْمَلِكُ بِالْبَيْعِ لِبُطْلَانِ ذَلِكَ كُلُّهُ فَلَا يَجُوزُ، وَكَوَرَضِي الْمُكَاتِبُ بِالْبَيْعِ فَفِيهِ رِوَايَتَانِ، وَالْأَوَّلُ الْجَوَازُ، وَالْمُرَادُ الْمُدَبِّرُ الْمَطْلُوقُ دُونَ الْمُقَيَّدِ، وَفِي الْمَطْلُوقِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي الْعِتَاقِ.

الشرح:

قَالَ (وَبَيْعُ أُمِّ الْوَلَدِ وَالْمُدَبِّرِ وَالْمُكَاتِبِ فَاسِدٌ) أَيُّ بَاطِلٌ، وَإِنَّمَا فَسَرُهُ بِذَلِكَ لِأَنَّ بَيْعَهُمْ أَنَّهُ يُفِيدُ الْمَلِكَ بِإِصْطِلَاقِ الْقَبْضِ وَالْأَمْرُ بِخِلَافِهِ، وَالْدَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ مَا ذَكَرَهُ بِقَوْلِهِ لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَ الْعِتْقِ قَدْ ثَبَتَ إِنْجِ، وَتَحْقِيقُهُ أَنَّ بَيْنَ اسْتِحْقَاقِ الْعِتْقِ وَثُبُوتِ الْمَلِكِ بِالْبَيْعِ مُنَافَاةٌ لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَهُ عِبَارَةٌ عَنْ جِهَةِ حُرِّيَّةٍ لَا يَدْخُلُ عَلَيْهَا الْإِبْطَالُ وَثُبُوتُ الْمَلِكِ يُنْطَلِهُمَا، وَأَحَدُ الْمُتَنَافِيَيْنِ وَهُوَ اسْتِحْقَاقُ ثَابِتٍ لِقَوْلِهِ ﷺ «أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا» فَيَنْتَفِي الْآخَرُ. لَا يُقَالُ: وَهُوَ مَتْرُوكُ الظَّاهِرِ لِأَنَّهُ يُوجِبُ حَقِيقَةَ الْعِتْقِ وَأَنْتُمْ تَحْمِلُونَهُ عَلَى حَقِّهِ فَلَا يَصْلُحُ دَلِيلًا لِأَنَّ الْمَجَازَ مُرَادٌ بِالْإِجْمَاعِ.

وَكَذَلِكَ الْمُنَافَاةُ ثَابِتَةٌ بَيْنَ انْعِقَادِ سَبَبِ الْحُرِّيَّةِ فِي حَقِّ الْمُدَبِّرِ فِي الْحَالِ وَبَيْنَ

ثُبُوتِ الْمَلِكِ بِالْبَيْعِ لَتَنَافِي لِلْوَارِثِ لِأَنَّ الْمَلِكَ مَعَ الْحُرِّيَّةِ لَا يَجْتَمِعَانِ، فَكَذَلِكَ سَبَبُ الْحُرِّيَّةِ وَالْبَيْعِ وَأَحَدُ الْمُتَنَافِيَيْنِ وَهُوَ سَبَبُ الْحُرِّيَّةِ ثَابِتٌ فِي الْحَالِ، لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ ثَابِتًا فِي الْحَالِ لَكَانَ إِذَا غَيَّرَ ثَابِتٌ مُطْلَقًا أَوْ ثَابِتًا بَعْدَ الْمَوْتِ، وَالْأَوَّلُ بَاطِلٌ لِأَنَّهُ يَسْتَلْزِمُ إِهْمَالَ لَفْظِ الْمُتَكَلِّمِ الْعَاقِلِ الْبَالِغِ وَالْإِعْمَالُ أَوَّلَى، وَكَذَلِكَ الثَّانِي لِأَنَّ مَا بَعْدَ الْمَوْتِ حَالٌ بِطُلَانِ الْأَهْلِيَّةِ.

فَمَتَى قُلْنَا إِنَّهُ يَنْعَقِدُ سَبَبًا بَعْدَ الْمَوْتِ احْتِجْنَا إِلَى بَقَاءِ الْأَهْلِيَّةِ، وَالْمَوْتُ يُنَافِيهَا فَدَعَتْ الضَّرُورَةُ إِلَى الْقَوْلِ بِانْعِقَادِ التَّدْبِيرِ سَبَبًا فِي الْحَالِ وَتَأَخَّرَ الْحُكْمُ إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ. وَكَذَلِكَ يَبَيِّنُ اسْتِحْقَاقُ الْمُكَاتَّبِ يَدًا عَلَى نَفْسِهِ لَازِمَةً فِي حَقِّ الْمَوْلَى وَيَبَيِّنُ ثُبُوتَ الْمَلِكِ مُنَافَاةً، لَكِنَّ اسْتِحْقَاقَ الْيَدِ لِلْلازِمَةِ فِي حَقِّ الْمَوْلَى ثَابِتَةٌ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ فَسَخَ الْكِتَابَةِ يَدُونَ رِضَا الْمُكَاتَّبِ فَيَنْتَفِي الْآخَرُ، وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِقَوْلِهِ فِي حَقِّ الْمَوْلَى لِأَنَّهَا غَيْرُ لَازِمَةٍ فِي حَقِّ الْمُكَاتَّبِ لِقُدْرَتِهِ عَلَى فَسْخِهَا بِتَعْجِيزِهِ نَفْسَهُ.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ بَطَلَ بَيْعُ هَؤُلَاءِ لَكَانَ كَيْفَ الْحُرِّ وَحِينَئِذٍ يَطْلُ بَيْعُ الْقِنِّ الْمَضْمُونِ إِلَيْهِمْ فِي الْبَيْعِ كَالْمَضْمُونِ إِلَى الْحُرِّ وَالْأَمْرُ بِخِلَافِهِ.

فَالْجَوَابُ أَنَّ بَيْعَ الْحُرِّ بَاطِلٌ ابْتِدَاءً وَبَقَاءً لِعَدَمِ مَحَلِّيَةِ الْبَيْعِ أَصْلًا بِثُبُوتِ حَقِيقَةِ الْحُرِّيَّةِ، وَبَيْعُ هَؤُلَاءِ بَاطِلٌ بَقَاءً لِحَقِّ الْحُرِّيَّةِ لَا ابْتِدَاءً لِعَدَمِ حَقِيقَتِهَا، وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا بَيِّنٌ وَهَذَا جَازٌ بَيْعُ أُمِّ الْوَلَدِ وَالْمُدَبِّرِ وَالْمُكَاتَّبِ مِنْ أَنْفُسِهِمْ، وَلَوْ قَضَى الْقَاضِي بِذَلِكَ نَفَذَ قَضَاؤُهُ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ دَخَلُوا فِي الْبَيْعِ ابْتِدَاءً لَكُونَهُمْ مَحَلًّا لَهُ فِي الْجُمْلَةِ ثُمَّ خَرَجُوا مِنْهُ لِتَعَلُّقِ حَقِّهِمْ بِبَقْيِ الْقِنِّ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ، وَالْبَيْعُ بِالْحِصَّةِ بَقَاءً جَائِزٌ بِخِلَافِ الْحُرِّ فَإِنَّهُ لَمَّا لَمْ يَدْخُلْ لِعَدَمِ الْمَحَلِّيَةِ لَزِمَ الْبَيْعُ بِالْحِصَّةِ ابْتِدَاءً وَأَنَّهُ بَاطِلٌ عَلَى مَا يَجِيءُ. قَالَ (وَلَوْ رَضِيَ الْمُكَاتَّبُ بِالْبَيْعِ فِيهِ رَوَاتِنًا وَالْأَطْهَرُ الْجَوَازُ الْخ) لِأَنَّ عَدَمَهُ كَانَ لِحَقِّهِ، فَلَمَّا أَسْقَطَ حَقَّهُ بِرِضَاؤِهِ انْفَسَخَتْ الْكِتَابَةُ وَجَازَ الْبَيْعُ.

وَرَوِيَ فِي التَّوَادِرِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ. وَالْمَرَادُ مِنَ الْمُدَبِّرِ هُوَ الْمُطْلَقُ دُونَ الْمُقَيَّدِ بِالتَّقْسِيرِ الْمَارِّ فِي التَّدْبِيرِ، وَفِي الْمُطْلَقِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ. وَقَدْ تَقَدَّمَ فِيهِ

قَالَ (وَإِنْ مَاتَتْ أُمُّ الْوَلَدِ أَوْ الْمُدَبِّرُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ: عَلَيْهِ قِيمَتُهُمَا) وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنْهُ لَهَا أَنَّهُ مَقْبُوضٌ بِجِهَةِ الْبَيْعِ فَيَكُونُ مَضْمُونًا عَلَيْهِ

كَسَائِرِ الْأَمْوَالِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْمُدَبِّرَ وَأُمَّ الْوَلَدِ يَدْخُلَانِ تَحْتَ الْبَيْعِ حَتَّى يَمْلِكَ مَا يُضْمُّ إِلَيْهِمَا فِي الْبَيْعِ، بِخِلَافِ الْمُكَاتَّبِ لِأَنَّهُ فِي يَدِ نَفْسِهِ فَلَا يَتَحَقَّقُ فِي حَقِّهِ الْقَبْضُ وَهَذَا الضَّمَانُ بِهِ وَلَهُ أَنْ جِهَةَ الْبَيْعِ إِنَّمَا تَلْحَقُ بِحَقِيقَتِهِ فِي مَحَلٍّ يَقْبَلُ الْحَقِيقَةَ وَهُمَا لَا يَقْبَلَانِ حَقِيقَةَ الْبَيْعِ فَصَارَا كَالْمُكَاتَّبِ، وَلَيْسَ دُخُولُهُمَا فِي الْبَيْعِ فِي حَقِّ أَنْفُسِهِمَا، وَإِنَّمَا ذَلِكَ لِيُثَبَّتَ حُكْمُ الْبَيْعِ فِيمَا ضَمُّ إِلَيْهِمَا فَصَارَ كَمَا لِ الْمَشْتَرِي لَا يَدْخُلُ فِي حُكْمِ عَقْدِهِ بِانْفِرَادِهِ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ حُكْمُ الدُّخُولِ فِيمَا ضَمُّهُ إِلَيْهِ، كَذَا هَذَا.

الشرح:

وَإِنْ مَاتَتْ أُمُّ الْوَلَدِ أَوْ الْمُدَبِّرُ فِي يَدِ الْمَشْتَرِي فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَا: يَجِبُ عَلَيْهِ قِيمَتُهُمَا وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ. وَهَذَا لَيْسَ عَلَى ظَاهِرِهِ بَلِ الرَّاوِيَانِ عَنْهُ فِي حَقِّ الْمُدَبِّرِ.

رَوَى الْمُعْلَى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَضْمَنُ قِيمَةَ الْمُدَبِّرِ بِالْبَيْعِ كَمَا يَضْمَنُ بِالْعَصَبِ، وَأَمَّا فِي حَقِّ أُمِّ الْوَلَدِ فَأَثَقَتْ الرِّوَايَاتُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهَا لَا تُضْمَنُ بِالْبَيْعِ وَالْعَصَبِ لِأَنَّهَا لَا تَقُومُ لِمَالِيَّتِهَا.

وَالْفَرْقُ لِأَبِي حَنِيفَةَ بَيْنَ ضَمَانِ الْعَصَبِ فِي الْمُدَبِّرِ وَضَمَانِ بَيْعِهِ فِي غَيْرِ رِوَايَةٍ الْمُعْلَى أَنَّ ضَمَانَ الْبَيْعِ وَإِنْ أَشْبَهَ ضَمَانَ الْعَصَبِ مِنْ حَيْثُ الدُّخُولُ فِي ضَمَانِهِ بِالْقَبْضِ، لَكِنْ لَا بُدَّ مِنْ اعْتِبَارِ جِهَةِ الْبَيْعِ لِأَنَّ الْمَلِكَ إِنَّمَا يَثْبُتُ بِهِذَا الْاعْتِبَارِ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ مَحَلًّا لِلْبَيْعِ انْهَدَرَتْ هَذِهِ الْجِهَةُ فَبَقِيَ قَبْضًا بِإِذْنِ الْمَالِكِ فَلَا يَجِبُ الضَّمَانُ.

لَهُمَا أَنَّهُ أَيُّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنَ الْمُدَبِّرِ وَأُمِّ الْوَلَدِ مَقْبُوضٌ بِجِهَةِ الْبَيْعِ، لِأَنَّ الْمُدَبِّرَ وَأُمَّ الْوَلَدِ يَدْخُلَانِ تَحْتَ الْعَقْدِ حَتَّى يَمْلِكَ بِالضَّمِّ إِلَيْهِمَا فِي الْبَيْعِ كَمَا مَرَّ آنفًا، وَمَا هُوَ كَذَلِكَ فَهُوَ مَضْمُونٌ كَسَائِرِ الْأَمْوَالِ الْمَقْبُوضَةِ عَلَى سَوَاءٍ الشَّرَاءِ. فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ الدُّخُولُ تَحْتَ الْبَيْعِ وَتَمَلَّكَ مَا يُضْمُّ إِلَيْهِ مُوجِبًا لِلضَّمَانِ لَكَانَ فِي الْمُكَاتَّبِ كَذَلِكَ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ بِخِلَافِ الْمُكَاتَّبِ لِأَنَّهُ فِي يَدِ نَفْسِهِ فَلَا يَتَحَقَّقُ فِي حَقِّهِ الْقَبْضُ وَهَذَا الضَّمَانُ بِالْقَبْضِ وَتَحْقِيقُهُ أَنَّ الْمَدَارَ هُوَ الْقَبْضُ لَا الدُّخُولُ فِي الْعَقْدِ وَتَمَلُّكُ الْمَضْمُونِ.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ جِهَةَ الْبَيْعِ إِنَّمَا تُوجِبُ الضَّمَانَ فِي الْأَمْوَالِ الْحَاقَا بِحَقِيقَتِهِ فِي مَحَلٍّ يَقْبَلُ الْحَقِيقَةَ، وَهُمَا: أَيُّ أُمِّ الْوَلَدِ وَالْمُدَبِّرِ لَا يَقْبَلَانِ حَقِيقَةَ الْبَيْعِ فَلَا تُلْحَقُ الْجِهَةُ

بَهَا فَصَارَا كَالْمُكَاتِبِ فِي كَوْنِهِ غَيْرَ قَابِلٍ لِلْحَقِيقَةِ (قَوْلُهُ وَلَيْسَ دُخُولُهُمَا) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا يَدْخُلَانِ تَحْتَ الْبَيْعِ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ فَائِدَةَ الدُّخُولِ لَا تَنْحَصِرُ فِي نَفْسِ الدَّاخِلِ لِحَوَازِ أَنْ تَكُونَ عَائِدَةً إِلَى غَيْرِهِ كَثُبُوتِ حُكْمِ الْبَيْعِ فِيمَا ضُمَّ إِلَيْهِمَا، وَلَيْسَ ذَلِكَ بِمُسْتَبْعَدٍ بَلْ لَهُ تَطْيِيرٌ فِي الشَّرْعِ وَهُوَ مَا إِذَا بَاعَ عَبْدًا مَعَ عَبْدٍ الْمُشْتَرِي مِنَ الْمُشْتَرِي فَإِنَّهُ يُقَسَّمُ الثَّمَنُ عَلَى قِيمَتَيْهِمَا فَيَأْخُذُ الْمُشْتَرِي عَبْدَ الْبَائِعِ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ فَيَصِحُّ الْبَيْعُ فِي حَقِّ عَبْدِ الْبَائِعِ فَكَذَلِكَ هَذَا.

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ السَّمَكِ قَبْلَ أَنْ يُصْطَادَ) لِأَنَّهُ بَاعَ مَا لَا يَمْلِكُهُ (وَلَا فِي حَظِيرَةٍ إِذَا كَانَ لَا يُؤْخَذُ إِلَّا بِصَيْدٍ) لِأَنَّهُ غَيْرُ مَقْدُورِ التَّسْلِيمِ، وَمَعْنَاهُ إِذَا أَخَذَهُ ثُمَّ أَلْقَاهُ فِيهَا لَوْ كَانَ يُؤْخَذُ مِنْ غَيْرِ حِيلَةٍ جَازَ، إِلَّا إِذَا اجْتَمَعَتْ فِيهَا بِأَنْفُسِهَا وَلَمْ يَسُدَّ عَلَيْهَا الْمَدْخَلَ لَعَدِمَ الْمَلِكُ

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ السَّمَكِ فِي الْمَاءِ قَبْلَ أَنْ يُصْطَادَ) يَبْعُ السَّمَكِ قَبْلَ الْإِصْطِيَادِ يَبْعُ مَا لَا يَمْلِكُهُ الْبَائِعُ فَلَا يَجُوزُ، وَإِذَا اصْطَادَهُ ثُمَّ أَلْقَاهُ فِي الْحَظِيرَةِ فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ تَكُونَ صَغِيرَةً أَوْ كَبِيرَةً لَا يُمَكِّنُ الْأَخْذُ مِنْهَا إِلَّا بِتَكْلُفٍ وَاحْتِيَالٍ، فَإِنْ كَانَتْ كَبِيرَةً لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَقْدُورِ التَّسْلِيمِ، وَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً جَازَ لِأَنَّهُ بَاعَ مَقْدُورَ التَّسْلِيمِ، وَإِذَا سَلَّمَهَا إِلَى الْمُشْتَرِي فَلَهُ خِيَارُ الرُّوْيَةِ وَإِنْ رَأَاهَا فِي الْمَاءِ لِأَنَّ السَّمَكَ يَتَفَاوَتْ خَارِجَ الْمَاءِ فَصَارَ كَأَنَّهُ اشْتَرَى مَا لَمْ يَرَهُ (قَوْلُهُ إِلَّا إِذَا اجْتَمَعَتْ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ جَازَ: يَعْنِي الْحَظِيرَةَ إِذَا كَانَتْ صَغِيرَةً تُؤْخَذُ مِنْ غَيْرِ حِيلَةٍ جَازَ إِلَّا إِذَا اجْتَمَعَتْ فِيهَا بِأَنْفُسِهَا وَلَمْ يَسُدَّ عَلَيْهَا الْمَدْخَلَ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ لَعَدِمَ الْمَلِكُ، وَهُوَ اسْتِثْنَاءٌ مُنْقَطِعٌ لِكَوْنِهِ غَيْرَ مُسْتَثْنَى مِنَ الْمَأْخُودِ الْمُلْقَى فِي الْحَظِيرَةِ وَالْمُجْتَمِعُ بِنَفْسِهِ لَيْسَ بِدَّاخِلٍ فِيهِ، وَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّهُ لَوْ سَدَّ صَاحِبُ الْحَظِيرَةِ عَلَيْهَا مَلِكُهَا، أَمَّا بِمَجْرَدِ الْاجْتِمَاعِ فِي مَلِكِهِ فَلَا، كَمَا لَوْ بَاضَ الطَّيْرُ فِي أَرْضِ إِنْسَانٍ أَوْ فَرَحَتْ فَإِنَّهُ لَا يَمْلِكُ لَعَدِمَ الْإِحْرَازَ. لَا يُشْكَلُ بِمَا إِذَا عَسَلَ النُّحْلُ فِي أَرْضِهِ فَإِنَّهُ يَمْلِكُهُ بِمَجْرَدِ اتِّصَالِهِ بِمَلِكِهِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُحْرَزَهُ أَوْ يُهَيَّئَ لَهُ مَوْضِعًا، لِأَنَّ الْعَسَلَ إِذَا ذَاكَ قَائِمٌ بِأَرْضِهِ عَلَى وَجْهِ الْقَرَارِ فَصَارَ كَالشَّجَرِ الثَّابِتِ فِيهَا، بِخِلَافِ يَنْضِرِ الطَّيْرِ وَفَرَحِهَا وَالسَّمَكِ الْمُجْتَمِعِ بِنَفْسِهِ فَإِنَّهَا لَيْسَتْ فِيهَا عَلَى وَجْهِ الْقَرَارِ.

قَالَ (وَلَا يَبِيعُ الطَّيْرُ فِي الْهَوَاءِ) لِأَنَّهُ غَيْرُ مَمْلُوكٍ قَبْلَ الْأَخْذِ، وَكَذَا لَوْ أَرْسَلَهُ مِنْ يَدِهِ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَقْدُورٍ التَّسْلِيمِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا) يَجُوزُ (يَبِيعُ الطَّيْرُ فِي الْهَوَاءِ) يَبِيعُ الطَّيْرُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ: الْأَوَّلُ يَبِيعُهُ فِي الْهَوَاءِ قَبْلَ أَنْ يَصْطَادَهُ وَهُوَ لَا يَجُوزُ لِعَدَمِ الْمِلْكِ. وَالثَّانِي يَبِيعُهُ بَعْدَ أَنْ أَخَذَهُ وَأَرْسَلَهُ مِنْ يَدِهِ وَهُوَ أَيْضًا لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَقْدُورٍ التَّسْلِيمِ. وَالثَّلَاثُ يَبِيعُ طَيْرٌ يَذْهَبُ وَيَجِيءُ كَالْحَمَامِ وَهُوَ أَيْضًا لَا يَجُوزُ فِي الظَّاهِرِ. وَذَكَرَ فِي فَتَاوَى قَاضِي خَانَ وَإِنْ بَاعَ طَيْرًا لَهُ يَطِيرُ فِي الْهَوَاءِ إِنْ كَانَ دَاجِنًا يَعُودُ إِلَى بَيْتِهِ وَيَقْدِرُ عَلَى أَخْذِهِ مِنْ غَيْرِ تَكْلُفٍ جَارٍ يَبِيعُهُ وَإِلَّا فَلَا

قَالَ (وَلَا يَبِيعُ الْحَمْلُ وَلَا النَّتَاجُ) «لِنَهْيِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَنْ بَيْعِ الْحَبْلِ وَحَبْلِ الْحَبْلَةِ»^(١) وَلَأنَّ فِيهِ غَرَرًا.

الشرح:

(وَلَا) يَجُوزُ (يَبِيعُ الْحَمْلُ) أَيِ الْجَنِينِ (وَلَا نِتَاجُ الْحَمْلِ) وَهُوَ حَبْلُ الْحَبْلِ، وَقَدْ «نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ بَيْعِ الْحَبْلِ وَحَبْلِ الْحَبْلِ». وَالنَّتَاجُ فِي الْأَصْلِ مَصْدَرٌ نَتَجَتْ النَّاقَةُ بِالضَّمِّ وَلَكِنْ أُرِيدَ بِهِ الْمَنْتُوجُ هَاهُنَا.

وَالْحَبْلُ مَصْدَرٌ حَبَلَتِ الْمَرْأَةُ حَبْلًا فَهِيَ حُبْلَى فَسُمِّيَ بِهِ الْمَحْمُولُ كَمَا سُمِّيَ بِالْحَمْلِ، وَإِنَّمَا دَخَلَتْ عَلَيْهِ الثَّاءُ إِشْعَارًا لِمَعْنَى الْأُتُوثة فِيهِ. قِيلَ مَعْنَاهُ: أَنْ يَبِيعَ مَا سَوْفَ يَحْمِلُهُ الْجَنِينُ إِنْ كَانَ أُثْنَى، وَكَأَنُوا فِي الْجَاهِلِيَّةِ يَعْتَادُونَ ذَلِكَ فَأَبْطَلَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَلَأنَّ فِيهِ غَرَرًا وَهُوَ مَا طَوِيَ عَنْكَ عِلْمُهُ. قَالَ الْمُعَرَّبُ فِي الْحَدِيثِ: «نَهَى عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ»: وَهُوَ الْخَطَرُ الَّذِي لَا يَدْرِي أَيْكُونُ أَمْ لَا كَيْبَعِ السَّمَكِ فِي الْمَاءِ وَالطَّيْرِ فِي الْهَوَاءِ.

(وَلَا اللَّبَنُ فِي الضَّرْعِ لِلْغَرَرِ) فَعَسَاهُ انْتِفَاحٌ، وَلَأنَّهُ يُنَازَعُ فِي كَيْفِيَّةِ الْحَلَبِ، وَرُبَّمَا يَزْدَادُ فَيَخْتَلِطُ الْمَبِيعُ بِغَيْرِهِ.

(١) ذكره الهيثمي في مجمع الزوائد (١٠٤/٤) وعزاه للطبراني في الكبير والبخاري.

الشرح:

قَالَ (وَلَا اللَّبَنُ فِي الضَّرْعِ لِلْعَرَرِ إلخ) وَيَبْعُ اللَّبَنُ فِي الضَّرْعِ لَا يَجُوزُ لَوْجُوهِ ثَلَاثَةِ لِلْعَرَرِ: لِحَاوِزِ أَنْ يَكُونَ الضَّرْعُ مُتَّفَخًا يُطْنُ لَبْنًا وَالْعَرَرُ مِنْهِي عَنْهُ، وَلِلنَّزَاعِ فِي كَيْفِيَةِ الْحَلَبِ فَإِنَّ الْمُشْتَرِيَّ يَسْتَقْصِي فِي الْحَلَبِ وَالْبَائِعُ يُطَالِبُهُ بِأَنْ يَتْرَكَ دَاعِيَةَ اللَّبَنِ وَلَآئِهِ يَزْدَادُ سَاعَةً فَسَاعَةً وَالْبَيْعُ لَمْ يَتَنَاوَلَ الزِّيَادَةَ لِعَدَمِهَا عِنْدَهُ فَيَخْتَلِطُ الْمَبِيعُ بغيرِهِ، وَاخْتِلَاطُ الْمَبِيعِ بِمَا لَيْسَ بِمَبِيعٍ مِنْ مِلْكِ الْبَائِعِ عَلَى وَجْهِ يَتَعَذَّرُ تَمْيِيزُهُ مُبْطِلٌ لِلْبَيْعِ.

قَالَ (وَلَا الصُّوفُ عَلَى ظَهْرِ الْغَنَمِ) لِأَنَّهُ مِنْ أَوْصَافِ الْحَيَوَانَ، وَلَآئِهِ يَنْبَتُ مِنْ أَسْفَلٍ فَيَخْتَلِطُ الْمَبِيعُ بغيرِهِ، بِخِلَافِ الْقَوَائِمِ؛ لِأَنَّهُا تَزِيدُ مِنْ أَعْلَى، وَبِخِلَافِ الْقَصِيلِ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ قَلْعَهُ، وَالْقَطْعُ فِي الصُّوفِ مُتَعَيَّنٌ فَيَقَعُ التَّنَازُعُ فِي مَوْضِعِ الْقَطْعِ، وَقَدْ صَحَّ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنْ بَيْعِ الصُّوفِ عَلَى ظَهْرِ الْغَنَمِ، وَعَنْ لَبَنِ فِي ضَرْعٍ، وَعَنْ سَمَنِ فِي لَبَنِ» ^(١) وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي هَذَا الصُّوفِ حَيْثُ جَوُزَ بَيْعُهُ فِيمَا يَرَوِي عَنْهُ.

الشرح:

وَيَبْعُ الصُّوفُ عَلَى ظَهْرِ الْغَنَمِ لَا يَجُوزُ لَوْجَهَيْنِ لِأَنَّهُ مِنْ بَابِ أَوْصَافِ الْحَيَوَانَ لِأَنَّ مَا هُوَ مُتَّصِلٌ بِالْحَيَوَانَ فَهُوَ وَصْفٌ مَحْضٌ، بِخِلَافِ مَا يَكُونُ مُتَّصِلًا بِالشَّجَرِ فَإِنَّهُ عَيْنُ مَالٍ مَقْصُودٍ مِنْ وَجْهِ فَيَجُوزُ بَيْعُهُ، وَلَآئِهِ يَنْبَتُ مِنْ أَسْفَلٍ فَيَخْتَلِطُ الْمَبِيعُ بغيرِهِ وَهُوَ مُبْطِلٌ كَمَا مَرَّ.

فَإِنْ قِيلَ: الْقَوَائِمُ مُتَّصِلَةٌ بِالشَّجَرِ وَجَازَ بَيْعُهَا.

أَجَابَ بِأَنَّهَا تَزِيدُ مِنْ أَعْلَاهَا فَلَا يَلْزَمُ الْاخْتِلَاطُ، حَتَّى لَوْ رَبَطْتُ خَيْطًا فِي أَعْلَاهَا وَتَرَكْتُ أَيَّامًا يَبْقَى الْخَيْطُ أَسْفَلَ مِمَّا فِي رَأْسِهَا الْآنَ، وَالْأَعْلَى مِلْكُ الْمُشْتَرِي، وَمَا وَقَعَ مِنَ الزِّيَادَةِ وَقَعَ فِي مِلْكِهِ. أَمَّا الصُّوفُ فَإِنَّ نُمُوَّهُ مِنْ أَسْفَلِهِ، فَإِنْ خَضَبَ الصُّوفَ عَلَى ظَهْرِ الشَّاةِ ثُمَّ تَرِكَ حَتَّى نَمَا فَالْمَخْضُوبُ يَبْقَى عَلَى رَأْسِهِ لَا فِي أَصْلِهِ. فَإِنْ قِيلَ: الْقَصِيلُ كَالصُّوفِ وَجَازَ بَيْعُهُ. أَجَابَ بِأَنَّ الْقَصِيلَ وَإِنْ أُمَكِّنَ وَقُوعُ التَّنَازُعِ

(١) أخرجه الدارقطني (١٤/٣) رقم (٤٠)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٠٨٥٧).

فِيهِ مِنْ حَيْثُ الْقَطْعُ لَا يُمَكِّنُ وَقُوْعُهُ مِنْ حَيْثُ الْقَطْعُ يَقْلَعُ، وَأَمَّا الْقَطْعُ فِي الصُّوفِ فَمُتَعَيِّنٌ إِذْ لَمْ يُعْهَدْ فِيهِ الْقَلْعُ: أَيِ التَّنْفُ فَبَعْدَ ذَلِكَ يَقَعُ التَّنَازُعُ فِي مَوْضِعِ الْقَطْعِ، وَقَدْ صَحَّ " أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ «نَهَى عَنْ بَيْعِ الصُّوفِ عَلَى ظَهْرِ الْغَنَمِ وَعَنْ لَبَنِ فِي ضَرْعٍ وَعَنْ سَمَنِ فِي لَبَنِ» وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى أَبِي يُوسُفَ فِيمَا يُرَوَى عَنْهُ مِنْ جَوَازِ بَيْعِ الصُّوفِ عَلَى ظَهْرِ الْغَنَمِ.

قَالَ (وَجِدْعٌ فِي سَقْفٍ وَذِرَاعٍ مِنْ ثَوْبٍ ذَكَرَا الْقَطْعَ أَوْ لَمْ يَذْكُرَاهُ) لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ التَّسْلِيمُ إِلَّا بِضَرَرٍ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ عَشْرَةَ دَرَاهِمٍ مِنْ ثُقْرَةٍ فَضْطَ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ فِي تَبْعِيضِهِ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ مُعَيَّنًا لَا يَجُوزُ لَمَّا ذَكَرْنَا وَلِلْجَهَالَةِ أَيْضًا، وَلَوْ قَطَعَ الْبَائِعُ الذِّرَاعَ أَوْ قَلَعَ الْجِدْعَ قَبْلَ أَنْ يَفْسَخَ الْمُشْتَرِي يَعُودُ صَحِيحًا لَزَوَالَ الْمُفْسِدِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ الثَّوْبَ فِي الثَّمَرِ أَوْ الْبَذَرِ فِي الْبُطِيخِ حَيْثُ لَا يَكُونُ صَحِيحًا. وَإِنْ شَقَّهُمَا وَأَخْرَجَ الْمُبِيعَ لَأَنَّ فِي وُجُودِهِمَا احْتِمَالًا، أَمَّا الْجِدْعُ فَمُعَيَّنٌ مَوْجُودٌ.

الشرح:

قَالَ (وَجِدْعٌ فِي سَقْفٍ) إِذَا بَاعَ جِدْعًا فِي سَقْفٍ أَوْ ذِرَاعًا مِنْ ثَوْبٍ: يَعْنِي ثَوْبًا يَضُرُّهُ التَّبْعِيضُ كَالْقَمِيصِ لَا الْكِرْبَاسِ فَالْبَيْعُ لَا يَجُوزُ ذَكَرَ الْقَطْعَ أَوْ لَا، لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ التَّسْلِيمُ إِلَّا بِضَرَرٍ لَمْ يُوجِبْهُ الْعَقْدُ، وَمِثْلُهُ لَا يَكُونُ لَازِمًا فَيَتِمَكَّنُ مِنَ الرُّجُوعِ وَتَتَحَقَّقُ الْمُنَازَعَةُ، بِخِلَافِ مَا لَمْ يَكُنْ فِي التَّبْعِيضِ مَضَرَّةٌ كَبَيْعِ عَشْرَةِ دَرَاهِمٍ مِنْ ثُقْرَةٍ فَضْطَ وَذِرَاعٍ مِنْ كِرْبَاسٍ فَإِنَّ بَيْعَهُ جَائِزٌ لَانْتِفَاءِ الْعِلَةِ (وَلَوْ لَمْ يَكُنِ الْجِدْعُ مُعَيَّنًا لَا يَجُوزُ لِلزُّوْمِ الضَّرَرُ وَلِلْجَهَالَةِ أَيْضًا).

وَلَوْ قَطَعَ الْبَائِعُ الذِّرَاعَ أَوْ قَلَعَ الْجِدْعَ قَبْلَ أَنْ يَفْسَخَ الْمُشْتَرِي عَادَ الْبَيْعُ صَحِيحًا لَزَوَالَ الْمُفْسِدِ وَهُوَ الضَّرَرُ (وَلَوْ بَاعَ الثَّوْبَ أَوْ الثَّمَرِ أَوْ الْبَذَرِ فِي الْبُطِيخِ لَمْ يَصَحَّ وَإِنْ شَقَّهُمَا وَأَخْرَجَ الْمُبِيعَ لَأَنَّ فِي وُجُودِهِمَا احْتِمَالًا) أَيِ هُوَ شَيْءٌ مُغَيَّبٌ وَهُوَ فِي غِلَافِهِ فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ. فَإِنْ قِيلَ: يَبِيعُ الْحِنْطَةَ فِي سُبُلِهَا وَأَمْنَالِهَا يَبِيعُ مَا فِي وَجُودِهِ احْتِمَالٌ فَإِنَّهُ شَيْءٌ مُغَيَّبٌ فِي غِلَافِهِ وَهُوَ جَائِزٌ.

أُجِيبَ بِأَنَّ جَوَازَهُ بِاعْتِبَارِ صِحَّةِ انْطِلَاقِ اسْمِ الْمُبِيعِ عَلَيْهِ وَعَلَى مَا يَتَّصِلُ بِهِ، فَإِنَّ الْحِنْطَةَ إِذَا بِيعَتْ فِي سُبُلِهَا إِثْمًا يُقَالُ بَعْتُ هَذِهِ الْحِنْطَةَ فَالْمَذْكُورُ صَرِيحًا هُوَ الْمَعْقُودُ

عَلَيْهِ فَصَحَّ الْعَقْدُ إِعْمَالًا لِتَصْحِيحِ لَفْظِهِ، وَأَمَّا بَزْرُ الْبَطِيخِ وَتَوَى التَّمْرِ وَحَبُّ الْقُطْنِ فَاسْمُ الْمَبِيعِ وَهُوَ الْبِزْرُ وَالتَّوَى وَالْحَبُّ لَا يَنْطَلِقُ عَلَيْهِ، إِذْ لَا يُقَالُ هَذَا بَزْرٌ وَتَوَى وَحَبٌّ بَلْ يُقَالُ هَذَا بَطِيخٌ وَتَمْرٌ وَقُطْنٌ، فَلَمْ يَكُنْ الْمَبِيعُ مَذْكُورًا، وَمَا هُوَ الْمَذْكُورُ فَلَيْسَ بِمَبِيعٍ، وَهَذَا عَلَى قَوْل مَنْ يَرَى تَخْصِصَ الْعِلَةِ وَأَصِحَّ وَطَرِيقٌ مَنْ لَا يَرَى ذَلِكَ عُرِفَ فِي أَصُولِ الْفَقْهِ.

وَقَوْلُهُ (أَمَّا الْجَذْعُ فَعَيْنٌ مَوْجُودَةٌ) إِيضًا إِلَى إِيْثَامِ الْفَرْقِ بَيْنَ الْبِزْرِ وَالتَّوَى وَالْجَذْعِ الْمُعَيَّنِ فِي السَّقْفِ بِأَنَّ الْجَذْعَ مُعَيَّنٌ مَوْجُودٌ إِذِ الْفَرْضُ فِيهِ وَالْبِزْرُ وَالتَّوَى لَيْسَ كَذَلِكَ. فَإِنْ قِيلَ: إِذَا بَاعَ جِلْدَ الشَّاةِ الْمَعْبِيَةِ قَبْلَ الذَّبْحِ لَا يَجُوزُ، وَلَوْ ذَبَحَ الشَّاةَ وَسَلَخَ جِلْدَهَا وَسَلَّمَهُ لَا يَنْقَلِبُ الْبَيْعُ جَائِزًا وَإِنْ كَانَ الْجِلْدُ عَيْنًا مَوْجُودًا كَالْجَذْعِ فِي السَّقْفِ، وَكَذَا بَيْعُ كَرِشِهَا وَأَكَارِعِهَا.

أُجِيبَ بِأَنَّ الْمَبِيعَ وَإِنْ كَانَ مَوْجُودًا فِيهِ لَكِنَّهُ مُتَّصِلٌ بِغَيْرِهِ اتِّصَالٌ خَلْقَةً فَكَانَ تَابِعًا لَهُ، فَكَانَ الْعَجْزُ عَنِ التَّسْلِيمِ هُنَاكَ مَعْنَى أَصْلِيًّا لَا أَنَّهُ أُعْتَبِرَ عَاجِزًا حُكْمًا لَمَّا فِيهِ مِنْ إِفْسَادِ شَيْءٍ غَيْرِ مُسْتَحَقٍّ بِالْعَقْدِ، وَأَمَّا الْجَذْعُ فَإِنَّهُ عَيْنُ مَالٍ فِي نَفْسِهِ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ الْاِتِّصَالُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ بِعَارِضٍ فَعَلِ الْعِبَادِ، وَالْعَجْزُ عَنِ التَّسْلِيمِ حُكْمِيٌّ لَمَّا فِيهِ مِنْ إِفْسَادِ بِنَاءٍ غَيْرِ مُسْتَحَقٍّ بِالْعَقْدِ، فَإِذَا قُلِعَ وَالتَّرَمَ الضَّرَرُ زَالَ الْمَانِعُ فَيَجُوزُ، وَحِينَئِذٍ يَجِبُ تَخْصِصُ الْعِلَةِ وَطَرِيقٌ مَنْ لَا يَرَى بِهِ كَمَا تَقَدَّمَ.

قَالَ (وَضَرْبَةُ الْقَانِصِ) وَهُوَ مَا يَخْرُجُ مِنَ الصَّيْدِ بِضَرْبِ الشَّبَكَةِ مَرَّةً لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ

وَلَأَن فِيهِ غَرًّا.

الشرح:

قَالَ (وَضَرْبَةُ الْقَانِصِ) الْقَانِصُ الصَّائِدُ، يُقَالُ قَنَصَ إِذَا صَادَ. وَضَرْبَةُ الْقَانِصِ مَا يَخْرُجُ مِنَ الصَّيْدِ بِضَرْبِ الشَّبَكَةِ. يُقَالُ ضَرْبَ الشَّبَكَةِ عَلَى الطَّائِرِ أَلْقَاهَا، وَمِنْهُ نَهَى عَنْ ضَرْبِهِ. وَفِي تَهْذِيبِ الْأَزْهَرِيِّ عَنْ ضَرْبَةِ الْعَائِصِ وَهُوَ الْعَوَاصُ عَلَى اللَّالِئِ وَهُوَ أَنْ يَقُولَ لِلتَّاجِرِ أَغْوَصُ لَكَ غَوْصَةً فَمَا أَخْرَجْتَ فَهُوَ لَكَ بِكَذَا، وَالْمَعْنَى فِيهِمَا وَاحِدٌ وَهُوَ أَنَّهُ مَجْهُولٌ وَأَنَّ فِيهِ غَرًّا لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ لَا يَدْخُلَ فِي الشَّبَكَةِ شَيْءٌ مِنَ الصَّيْدِ وَأَنْ لَا يُخْرِجَ مِنَ الْغَوْصَةِ شَيْئًا.

قَالَ (وَيَبَّعَ الْمَزَابِنَةَ، وَهُوَ يَبَّعُ الثَّمَرَ عَلَى النَّخِيلِ بِتَمَرٍ مَجْدُودٍ مِثْلَ كَيْلِهِ خَرْصًا) «لَأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنِ الْمَزَابِنَةِ وَالْمُحَاقَلَةِ» فَالْمَزَابِنَةُ مَا ذَكَرْنَا، وَالْمُحَاقَلَةُ يَبَّعُ الْحِنْطَةِ فِي سُبُلِهَا بِحِنْطَةٍ مِثْلَ كَيْلِهَا خَرْصًا؛ وَلَأَنَّهُ بَاعَ مَكِيلًا بِمَكِيلٍ مِنْ جَنْسِهِ فَلَا تَجُوزُ بِطَرِيقِ الْخَرْصِ كَمَا إِذَا كَانَا مَوْضُوعَيْنِ عَلَى الْأَرْضِ، وَكَذَا الْعِنَبُ بِالزَّرْبِ عَلَى هَذَا.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَجُوزُ فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ «لَأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنِ الْمَزَابِنَةِ وَرَخَّصَ فِي الْعَرَايَا وَهُوَ أَنْ يُبَاعَ بِخَرْصِهَا تَمَرًا فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ». قُلْنَا: الْعَرِيَّةُ: الْعَطِيَّةُ لُغَةً، وَتَأْوِيلُهُ أَنْ يَبَّعَ الْمُعَرَّى لَهُ مَا عَلَى النَّخِيلِ مِنَ الْمُعَرَّى بِتَمَرٍ مَجْدُودٍ، وَهُوَ يَبَّعَ مَجَازًا لَأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهُ فَيَكُونُ بُرًّا مُبْتَدَأً.

الشرح:

قَالَ (وَيَبَّعَ الْمَزَابِنَةَ) الرَّفْعُ فِيهِ وَالْجَرُّ وَالرَّفْعُ فِيمَا تَقَدَّمَ جَائِزٌ، وَالْمَزَابِنَةُ وَهُوَ يَبَّعُ الثَّمَرَ بِالتَّاءِ الْمُثَلَّثَةِ عَلَى النَّخْلِ بِتَمَرٍ بِالتَّاءِ الْمُثَنَّى مَجْدُودَةٍ مِثْلُ كَيْلٍ مَا عَلَى النَّخْلِ مِنَ الثَّمَرِ حَرَزًا وَظَنًّا لَا حَقِيقًا، لَأَنَّهُ لَوْ كَانَ مِثْلُهُ كَيْلًا حَقِيقًا لَمْ يَبْقَ مَا عَلَى الرَّأْسِ تَمَرًا بَلْ تَمَرًا مَجْدُودًا كَالَّذِي يُقَابَلُهُ مِنَ الْمَجْدُودِ لَا يَجُوزُ "لَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ" «نَهَى عَنْ يَبِّعَ الْمَزَابِنَةَ وَالْمُحَاقَلَةَ» وَالْمُحَاقَلَةُ يَبَّعُ الْحِنْطَةَ فِي سُبُلِهَا بِحِنْطَةٍ مِثْلَ كَيْلِهَا خَرْصًا، وَلَأَنَّهُ بَاعَ مَكِيلًا بِمَكِيلٍ مِنْ جَنْسِهِ فَلَا يَجُوزُ خَرْصًا لِأَنَّهُ فِيهِ شُبْهَةُ الرِّبَا الْمُلْحَقَةِ بِالْحَقِيقَةِ فِي التَّحْرِيمِ، كَمَا لَوْ كَانَا مَوْضُوعَيْنِ عَلَى الْأَرْضِ وَبَاعَ أَحَدُهُمَا بِالْآخَرِ خَرْصًا، وَيَبَّعَ الْعِنَبَ بِالزَّرْبِ عَلَى هَذَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَجُوزُ فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ وَلَا يَجُوزُ فِيمَا زَادَ عَلَى خَمْسَةِ أَوْسُقٍ، وَلَهُ فِي مِقْدَارِ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ قَوْلَانِ اسْتَدَلَّ بِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ يَبِّعَ الْمَزَابِنَةَ وَرَخَّصَ فِي الْعَرَايَا، وَفَسَّرَهَا بِأَنَّ يُبَاعَ الثَّمَرُ الَّذِي عَلَى رَأْسِ النَّخْلِ بِخَرْصِهَا تَمَرًا فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ، وَأَنَّ الضَّمِيرَ فِي قَوْلِهِ بِخَرْصِهَا عَلَى أَنَّهُ جَمْعُ الثَّمَرَةِ. قُلْنَا بِالْقَوْلِ بِالْمَوْجِبِ وَهُوَ أَنْ يَقُولَ: سَلَمْنَا أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ رَخَّصَ فِي الْعَرَايَا فَإِنَّ فِي الْأَحَادِيثِ الدَّالَّةِ عَلَى ذَلِكَ كَثْرَةٌ لَا يُمَكِّنُ مَنَعَهَا، لَكِنْ لَيْسَ حَقِيقَةً مَعْنَاهَا مَا ذَكَرْتُمْ بَلْ مَعْنَاهَا الْعَطِيَّةُ لُغَةً.

وَتَأْوِيلُهَا أَنْ يَهَبَ الرَّجُلُ ثَمَرَةَ نَخْلَةٍ مِنْ بُسْتَانِهِ لِرَجُلٍ ثُمَّ يَشُقُّ عَلَى الْمُعَرَّى

دُخُولُ الْمُعْرَى لَهُ فِي بُسْتَانِهِ كُلِّ يَوْمٍ لَكُونَ أَهْلُهُ فِي الْبُسْتَانِ وَلَا يَرْضَى مِنْ نَفْسِهِ خُلْفَ الْوَعْدِ وَالرُّجُوعِ فِي الْهَبَةِ فَيُعْطِيهِ مَكَانَ ذَلِكَ ثَمَرًا مَجْدُودًا بِالْخَرْصِ لِيُدْفَعَ ضَرَرُهُ عَنْ نَفْسِهِ وَلَا يَكُونَ مُخْلَفًا لَوَعْدِهِ، وَبِهِ نَقُولُ لِأَنَّ الْمُوهُوبَ لَمْ يَصِرْ مِلْكًا لِلْمُوْهُوبِ لَهُ مَا دَامَ مُتَّصِلًا بِمِلْكِ الْوَاهِبِ، فَمَا يُعْطِيهِ مِنَ الثَّمَرِ لَا يَكُونُ عِوَضًا بَلْ هِبَةٌ مُبْتَدَأَةٌ، وَيُسَمَّى بَيْعًا مَجَازًا لِأَنَّهُ فِي الصُّورَةِ عِوَضٌ يُعْطِيهِ لِلتَّحَرُّزِ عَنْ خُلْفِ الْوَعْدِ، وَأَنْفَقَ أَنَّ ذَلِكَ كَانَ فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ فَظَنَّ الرَّاوي أَنَّ الرُّخْصَةَ مَقْصُورَةٌ عَلَى هَذَا فَنُقِلَ كَمَا وَقَعَ عِنْدَهُ. وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ: الْأَوَّلُ أَنَّهُ جَاءَ فِي حَدِيثِ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ رضي الله عنه «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الثَّمَرِ بِالثَّمَرِ وَرَخَّصَ فِي الْعَرَايَا» فَسَيَأْتِيهِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ بِالْعَرَايَا بَيْعَ ثَمَرٍ بِثَمَرٍ.

وَالثَّانِي أَنَّهُ جَاءَ فِي حَدِيثِ جَابِرِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بِلَفْظِ الْاسْتِثْنَاءِ إِلَّا الْعَرَايَا، وَالْأَصْلُ حَمْلُ الْاسْتِثْنَاءِ عَلَى الْحَقِيقَةِ، وَالْاسْتِثْنَاءُ مِنَ الْبَيْعِ حَقِيقَةٌ بَيْعٌ لَوْجُوبِ دُخُولِهِ فِي الْمُسْتَثْنَى مِنْهُ. وَالْجَوَابُ عَنْ الْأَوَّلِ أَنَّ الْقُرْآنَ فِي النَّظْمِ لَا يُوجِبُ الْقُرْآنَ فِي الْحُكْمِ. وَعَنْ الثَّانِي أَنَّهُ عَلَى ذَلِكَ التَّقْدِيرِ يُنَافِي قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْمَشْهُورَ «الثَّمَرُ بِالثَّمَرِ مِثْلًا بِمِثْلٍ» وَالْمَشْهُورُ قَاضٍ عَلَيْهِ.

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ الْبَيْعُ بِالْقَاءِ الْحَجَرِ وَالْمَلَامَسَةِ وَالْمُنَابَذَةِ). وَهَذِهِ بَيُوعٌ كَانَتْ فِي الْجَاهِلِيَّةِ، وَهُوَ أَنْ يَتَرَاوَضَ الرَّجُلَانِ عَلَى سِلْعَةٍ: أَيْ يَتَسَاوَمَانِ، فَإِذَا لَمَسَهَا الْمُشْتَرِي أَوْ نَبَذَهَا إِلَيْهِ الْبَائِعُ أَوْ وَضَعَ الْمُشْتَرِي عَلَيْهَا حَصَاةً لَزِمَ الْبَيْعُ؛ فَالْأَوَّلُ بَيْعُ الْمَلَامَسَةِ وَالثَّانِي الْمُنَابَذَةِ، وَالثَّلَاثُ الْقَاءُ الْحَجَرِ، «وَقَدْ نَهَى عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَنْ بَيْعِ الْمَلَامَسَةِ وَالْمُنَابَذَةِ» ^(١) وَلَآنَ فِيهِ تَعْلِيلًا بِالْخَطَرِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ الْبَيْعُ بِالْقَاءِ الْحَجَرِ) سَامَ الْبَائِعِ السِّلْعَةَ: أَيْ عَرَضَهَا وَذَكَرَ ثَمَنَهَا، وَسَامَهَا الْمُشْتَرِي بِمَعْنَى اسْتَامَهَا. بَيْعُ الْمَلَامَسَةِ هُوَ أَنْ يَتَسَاوَمَ الرَّجُلَانِ فِي السِّلْعَةِ فَيَلْمِسُهَا الْمُشْتَرِي يَدِهِ فَيَكُونُ ذَلِكَ ابْتِيعًا لَهَا رَضِيَ مَالُكُهَا بِذَلِكَ أَوْ لَمْ يَرْضَ. وَيَبْغُ

الْمُنَابَذَةُ هُوَ أَنْ يَتَرَاوَضَ الرَّجُلَانِ عَلَى السَّلْعَةِ فَيُحِبُّ مَالَكُهَا إلِزَامَ الْمُسَاوِمِ لَهُ عَلَيْهَا إِيَّاهَا فَيَنْبِذُهَا إِلَيْهِ فَيَلْزِمُهُ بِذَلِكَ وَلَا يَكُونُ لَهُ رَدُّهَا عَلَيْهِ.

وَيَبِيعُ إِقَاءَ الْحَجَرِ هُوَ أَنْ يَتَسَاوَمَ الرَّجُلَانِ عَلَى السَّلْعَةِ فَإِذَا وَضَعَ الطَّالِبُ لَشْرَائِهَا حَصَاةً عَلَيْهَا ثُمَّ الْبَيْعُ فِيهَا عَلَى صَاحِبِهَا وَلَمْ يَكُنْ لَصَاحِبِهَا ارْتِجَاعُ فِيهَا. وَهَذِهِ كَانَتْ يُبَوِّعُ فِي الْجَاهِلِيَّةِ فَتَهَى عَنْهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ. وَعِبَارَةُ الْكِتَابِ تُشِيرُ إِلَى أَنَّ الْمُنْهَى عَنْهُ بَيْعُ الْمُلَامَسَةِ وَالْمُنَابَذَةِ وَبَيْعُ إِقَاءِ الْحَجَرِ مُلْحَقٌ بِهِمَا لِأَنَّهُ فِي مَعْنَاهُمَا، وَلِأَنَّ فِيهِ تَغْلِيْقًا بِالْخَطَرِ وَالتَّمْلِيكَاتُ لَا تَحْتَمِلُهُ لِأَدَاتِهِ إِلَى مَعْنَى الْقِمَارِ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ أَنْ يَقُولَ الْبَائِعُ لِلْمُشْتَرِي: أَيُّ تَوْبٍ أَلْقَيْتَ عَلَيْهِ الْحَجَرَ فَقَدْ بَعْتَهُ، وَأَيُّ تَوْبٍ لَمَسْتَهُ يَدِكَ فَقَدْ بَعْتَهُ، وَأَيُّ تَوْبٍ تَبَذْتَهُ إِلَيَّ فَقَدْ اشْتَرَيْتَهُ.

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ تَوْبٍ مِنْ تَوْبَيْنِ) لَجَهَالَةِ الْمَبِيعِ؛ وَلَوْ قَالَ: عَلَى أَنَّهُ بِالْخِيَارِ فِي أَنْ يَأْخُذَ أَيُّهُمَا شَاءَ جَازَ الْبَيْعُ اسْتِحْسَانًا، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ بِفُرُوعِهِ.

الشرح:

(وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ تَوْبٍ مِنْ تَوْبَيْنِ) لَجَهَالَةِ الْمَبِيعِ، إِلَّا أَنْ يَقُولَ عَلَى أَلَّاكَ بِالْخِيَارِ أَنْ تَأْخُذَ أَيُّهُمَا شِئْتَ فَإِنَّهُ يَجُوزُ اسْتِحْسَانًا، وَقَدْ تَقَدَّمَ الْكَلَامُ فِيهِ.

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْمَرَاعِي وَلَا إِجَارَتُهَا) الْمُرَادُ الْكَلَاءُ، أَمَّا الْبَيْعُ فَلِأَنَّهُ وَرَدَ عَلَى مَا لَا يَمْلِكُهُ لاشْتِرَاكَ النَّاسِ فِيهِ بِالْحَدِيثِ، وَأَمَّا الْإِجَارَةُ فَلِأَنَّهُا عُقِدَتْ عَلَى اسْتِهْلَاكِ عَيْنِ مُبَاحٍ، وَلَوْ عُقِدَتْ عَلَى اسْتِهْلَاكِ عَيْنِ مَمْلُوكٍ بِأَنْ اسْتَأْجَرَ بَقْرَةً لِيَشْرَبَ لَبَنَهَا لَا يَجُوزُ فَهَذَا أَوَّلِي.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْمَرَاعِي وَلَا إِجَارَتُهَا) وَالْمُرَادُ بِهِ الْكَلَاءُ وَهُوَ مَا لَيْسَ لَهُ سَاقٌ مِنَ الْحَشِيشِ، كَذَا رُوِيَ عَنْ مُحَمَّدٍ، وَقِيلَ مَا لَيْسَ لَهُ سَاقٌ وَمَا لَهُ سَاقٌ فَهُوَ كَلَاءٌ، وَإِنَّمَا فَسَّرَ الْمَرَاعِي بِذَلِكَ لِأَنَّ لَفْظَ الْمَرْعَى يَقَعُ عَلَى مَوْضِعِ الرَّعْيِ وَهُوَ الْأَرْضُ وَعَلَى الْكَلَاءِ وَعَلَى مَصْدَرِ رَعَى، وَلَوْ لَمْ يُفَسَّرْ بِذَلِكَ لَتَوَهَّمُ أَنْ يَبِيعَ الْأَرْضُ وَإِجَارَتُهَا لَا يَجُوزُ، وَهُوَ غَيْرُ صَحِيحٍ لِأَنَّ بَيْعَ الْأَرْضِ وَإِجَارَتُهَا صَحِيحٌ سَوَاءٌ كَانَ فِيهَا الْكَلَاءُ أَوْ لَمْ يَكُنْ، أَمَّا عَدَمُ جَوَازِ بَيْعِ الْكَلَاءِ غَيْرِ الْمُحَرَّرِ فَلِأَنَّهُ غَيْرُ مَمْلُوكٍ لاشْتِرَاكِ النَّاسِ فِيهِ بِالْحَدِيثِ،

وَهُوَ قَوْلُهُ ﷺ «النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ: الْمَاءِ، وَالْكَأَلِ، وَالتَّارِ» وَمَا هُوَ غَيْرُ مَمْلُوكٍ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ. وَمَعْنَى شَرِكَتِهِمْ فِيهَا أَنَّ لَهُمُ الْإِنْتِفَاعَ بِضَوْنِهَا وَالْإِصْطِلَاءَ بِهَا وَالشُّرْبَ وَسَقْيَ الدَّوَابِّ وَالْإِسْتِقَاءَ مِنَ الْآبَارِ وَالْحَيَاضِ الْمَمْلُوكَةِ وَالْأَنْهَارِ الْمَمْلُوكَةِ مِنَ الْأَرْضِ الْمَمْلُوكَةِ وَالْإِحْتِشَاشَ مِنَ الْأَرْضِ الْمَمْلُوكَةِ، وَلَكِنْ لَهُ أَنْ يَمْنَعَ مِنَ الدُّخُولِ فِي أَرْضِهِ، فَإِنْ مَنَعَ كَانَ لغيرِهِ أَنْ يَقُولَ لَهُ إِنَّ لِي فِي أَرْضِكَ حَقًّا، فِيمَا أَنْ تُوصِّلَنِي إِلَى حَقِّي أَوْ تَحْتِشُّهُ فَتَدْفَعَهُ إِلَيَّ أَوْ تَدْعَنِي أَخْذُهُ، كَتُوبٍ لِرَجُلٍ وَقَعَ فِي دَارِ إِنْسَانٍ هَذَا إِذَا تَبَتَّ ظَاهِرًا، وَأَمَّا إِذَا أُبْتِنَتْ صَاحِبُ الْأَرْضِ بِالسَّقْيِ فَفِيهِ اخْتِلَافُ الرَّوَايَةِ.

وَذَكَرَ فِي الْمَحِيطِ وَالذَّخِيرَةِ وَالنَّوَازِلِ أَنَّ صَاحِبَهَا يَمْلِكُهُ وَلَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يَأْخُذَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ فَجَازَ بَيْعُهُ. وَذَكَرَ الْقُدُورِيُّ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ لِأَنَّ الشَّرِكََةَ فِي الْكَأَلِ ثَابِتَةٌ بِالنَّصِّ، وَإِنَّمَا تُنْقَطِعُ بِالْحِيَازَةِ وَسَوْفَ الْمَاءِ إِلَى أَرْضِهِ لَيْسَ بِحِيَازَةٍ لِلْكَأَلِ فَبَقِيَ عَلَى الشَّرِكََةِ فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ، وَأَمَّا عَدَمُ جَوَازِ الْإِجَارَةِ فَلَمَعْنَتَيْنِ: أَحَدُهُمَا وَقُوعُ الْإِجَارَةِ فِي عَيْنِ غَيْرِ مَمْلُوكَةٍ.

وَالثَّانِي أَنْعَادُهَا عَلَى اسْتِهْلَاكِ عَيْنِ مُبَاحٍ وَأَنْعَادُهَا عَلَى اسْتِهْلَاكِ عَيْنِ مَمْلُوكَةٍ بِأَنْ اسْتَأْجَرَ بَقْرَةً لِيَشْرَبَ لَبَنَهَا لَا يَصِحُّ، فَعَلَى اسْتِهْلَاكِ عَيْنِ مُبَاحٍ أَوَّلَى، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمُسْتَحَقَّ بِعَقْدِ الْإِجَارَةِ عَلَى الْآجِرِ الْمَنَافِعُ لَا الْأَعْيَانُ إِلَّا إِذَا كَانَتْ الْأَعْيَانُ آلَةً لِإِقَامَةِ الْعَمَلِ الْمُسْتَحَقَّ بِالْإِجَارَةِ كَالصَّنْعِ فِي اسْتِجَارِ الصَّبَاغِ وَاللَّبَنِ فِي اسْتِجَارِ الظَّئْرِ لِكَوْنِهِ آلَةً لِلْحَضَانَةِ وَالظُّورَةِ، وَلَمْ يَذْكُرْ أَنَّ إِجَارَةَ الْكَأَلِ وَقَعَتْ فَاسِدَةً أَوْ بَاطِلَةً، وَذَكَرَ فِي الشُّرْبِ أَنَّهَا فَاسِدَةٌ حَتَّى يَمْلِكَ الْآجِرُ الْأَجْرَةَ بِالْقَبْضِ وَيَنْفَذَ عَثْقَهُ فِيهَا.

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ النَّحْلِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَجُوزُ إِذَا كَانَ مُحَرَّرًا، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهُ حَيَوَانٌ مُنْتَفَعٌ بِهِ حَقِيقَةً وَشَرْعًا فَيَجُوزُ بَيْعُهُ وَإِنْ كَانَ لَا يُؤْكَلُ كَالْبَعْلِ وَالْحِمَارِ.

وَلَهُمَا أَنَّهُمَا مِنَ الْهَوَامِّ فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ كَالزَّنَابِيرِ وَالْإِنْتِفَاعُ بِمَا يَخْرُجُ مِنْهُ لَا بِعَيْنِهِ فَلَا يَكُونُ مُنْتَفَعًا بِهِ قَبْلَ الْخُرُوجِ، حَتَّى تَوْبَعَ كَوَارَةُ فِيهَا عَسَلٌ بِمَا فِيهَا مِنَ النَّحْلِ يَجُوزُ تَبَعًا لَهُ، كَذَا ذَكَرَهُ الْكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ النَّحْلِ) قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَبُو يُوسُفَ: لَا يَجُوزُ بَيْعُ النَّحْلِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَجُوزُ إِذَا كَانَ مُحَرَّرًا: أَيُّ مَجْمُوعًا وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ لِأَنَّهُ حَيَوَانٌ مُنْتَفَعٌ بِهِ حَقِيقَةً بِاسْتِيفَاءِ مَا يَحْدُثُ مِنْهُ، وَشَرْعًا لِعَدَمِ مَا يَمْنَعُ عَنْهُ شَرْعًا، وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ يَجُوزُ بَيْعُهُ وَكَوْنُهُ غَيْرَ مَأْكُولِ اللَّحْمِ لَا يُنَافِيهِ كَالْبُغْلِ وَالْحِمَارِ. وَلَهُمَا أَنَّهُ مِنَ الْهَوَامِّ وَهِيَ الْمَخُوفَةُ مِنَ الْأَحْنَاشِ لَا يَجُوزُ بَيْعُهَا. قَالَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: أَرَأَيْتَ إِنْ وَجَدَ بِهَا عَيْبًا بِكُمْ يَرُدُّهَا، وَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ النَّحْلَ لَا قِيمَةَ لَهَا وَلَا رَغْبَةً فِي عَيْنِهَا (قَوْلُهُ) وَالِانْتِفَاعُ بِمَا يَخْرُجُ مِنْهُ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ حَيَوَانٌ مُنْتَفَعٌ بِهِ: يَعْنِي لَا يُسَلَّمُ أَنَّهُ مُنْتَفَعٌ بِهِ بِعَيْنِهِ، بَلِ الْانْتِفَاعُ بِمَا سَيَحْدُثُ مِنْهُ وَذَلِكَ مَعْدُومٌ فِي الْحَالِ. قِيلَ قَوْلُهُ لَا بِعَيْنِهِ اخْتِرَازٌ عَنْ الْمُهْرِ وَالْجَحْشِ فَإِنَّهُمَا وَإِنْ كَانَا لَا يُنْتَفَعُ بِهِمَا فِي الْحَالِ لَكِنْ يُنْتَفَعُ بِهِمَا فِي الْمَالِ بِأَعْيَانِهِمَا، وَفِيهِ بُعْدٌ لَخُرُوجِهِمَا بِقَوْلِهِ يَخْرُجُ مِنْهُ، وَإِذَا كَانَ الْانْتِفَاعُ بِمَا يَخْرُجُ فَقَبْلَ خُرُوجِهِ لَا يَكُونُ مُنْتَفَعًا بِهِ، حَتَّى لَوْ كَانَ مِنْهُ مَا يَخْرُجُ مِنْهُ بِأَنْ بَاعَ كِبَارَةً بِضَمِّ الْكَافِ وَكَسْرِهَا وَهِيَ مَغْسَلُ النَّحْلِ إِذَا سُويَ مِنْ طِينٍ فِيهَا عَسَلٌ بِمَا فِيهَا مِنَ النَّحْلِ يَجُوزُ تَبْعًا لَهُ. كَذَا ذَكَرَ الْكَرْخِيُّ فِي مُحْتَصَرِهِ.

وَقَالَ الْقُدُورِيُّ فِي شَرْحِهِ لِهَذَا الْمُخْتَصَرِ: وَأَمَّا إِذَا بَاعَ الْعَسَلَ مَعَ النَّحْلِ فَالْعَقْدُ يَقَعُ عَلَى الْعَسَلِ وَيَدْخُلُ النَّحْلُ عَلَى طَرِيقِ التَّبَعِ وَإِنْ لَمْ يَجْزُ إِفْرَادُهُ بِالْبَيْعِ كَالشَّرْبِ وَالطَّرِيقِ. ثُمَّ قَالَ: وَقَدْ حُكِيَ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ الْكَرْخِيِّ أَنَّهُ كَانَ يُنْكِرُ هَذِهِ الطَّرِيقَةَ وَيَقُولُ: إِنَّمَا يَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ عَلَى طَرِيقِ التَّبَعِ مَا هُوَ مِنْ حُقُوقِ الْمَبِيعِ وَأَتْبَاعِهِ وَالنَّحْلُ لَيْسَ مِنْ حُقُوقِ الْعَسَلِ، إِلَّا أَنَّهُ ذَكَرَ فِي جَامِعِهِ هَذَا التَّلْغِيلَ بِعَيْنِهِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ.

(وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ دُودِ الْقَرْعِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) لِأَنَّهُ مِنَ الْهَوَامِّ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَجُوزُ إِذَا ظَهَرَ فِيهِ الْقَرْعُ تَبْعًا لَهُ. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ يَجُوزُ كَيْفَمَا كَانَ لِكَوْنِهِ مُنْتَفَعًا بِهِ (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ بَيْضَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَهُمَا يَجُوزُ) لِمَكَانِ الضَّرُورَةِ. وَهَيْلُ أَبُو يُوسُفَ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ كَمَا فِي دُودِ الْقَرْعِ وَالْحَمَامِ إِذَا عَلِمَ عَدَدَهَا وَأَمَكَنَ تَسْلِيمَهَا جَازَ بَيْعُهَا لِأَنَّهُ مَالٌ مَقْدُورُ التَّسْلِيمِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ دُودِ الْقَرْزِ وَيَبِضُهُ) وَهُوَ الْبِزْرُ الَّذِي يَكُونُ مِنْهُ الدُّودُ لَا يَجُوزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لِأَنَّهُ مِنَ الْهَوَاءِ وَيَبِضُهُ مِمَّا لَا يُتَنَفَّعُ بِهِ بَعِيْنِهِ بَلْ بِمَا سَيَحْدُثُ مِنْهُ وَهُوَ مَعْدُومٌ فِي الْحَالِ.

وَجَازَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ لِكَوْنِهِ مُتَنَفِّعًا بِهِ وَلِمَكَانِ الضَّرُورَةِ فِي بَيْعِهِ، قِيلَ وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى، وَأَجَازَ أَبُو يُوسُفَ بَيْعَ دُودِ الْقَرْزِ إِذَا ظَهَرَ فِيهِ الْقَرْزُ تَبَعًا لَهُ كَبَيْعِ النَّحْلِ مَعَ الْعَسَلِ وَيَبِضُهُ مُطْلَقًا لِمَكَانِ الضَّرُورَةِ، وَيُقَالُ عَنْهُ أَنَّهُ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ كَمَا فِي دُودِهِ، وَهَذِهِ الْعِبَارَةُ تُشِيرُ إِلَى أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ إِنَّمَا لَمْ يُجْزِزْ بَيْعَهُ بِإِنْفِرَادِهِ، فَأَمَّا إِذَا كَانَ تَبَعًا فَيَجُوزُ، وَالْحَمَامُ إِذَا عَلِمَ عَدَدُهَا وَأُمِكنَ تَسْلِيمُهَا جَازَ الْبَيْعُ لِأَنَّهُ مَالٌ مَقْدُورُ التَّسْلِيمِ وَكَانَ مَوْضِعُ ذِكْرِهِ عِنْدَ قَوْلِهِ وَلَا يَبِيعُ الطَّيْرُ فِي الْهَوَاءِ، وَإِنَّمَا ذَكَرَهَا هُنَا تَبَعًا لِمَا ذَكَرَهُ الصَّدْرُ الشَّهِيدُ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِأَنَّهُ وَضَعَهُ ثَمَّةً كَذَلِكَ.

(وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْآبِقِ) لِنَهْيِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَنْهُ وَلِأَنَّهُ لَا يَقْدَرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ (إِلَّا أَنْ يَبِيعَهُ مِنْ رَجُلٍ زَعَمَ أَنَّهُ عِنْدَهُ) لِأَنَّ الْمَنْهِيَّ عَنْهُ بَيْعُ آبِقٍ مُطْلَقٍ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ آبِقًا فِي حَقِّ الْمُتَعَاقِدَيْنِ وَهَذَا غَيْرُ آبِقٍ فِي حَقِّ الْمُشْتَرِي؛ وَلِأَنَّهُ إِذَا كَانَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي انْتَفَى الْعَجْزُ عَنِ التَّسْلِيمِ وَهُوَ الْمَانِعُ، ثُمَّ لَا يَصِيرُ قَابِضًا بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ إِذَا كَانَ فِي يَدِهِ وَكَانَ أَشْهَدَ عِنْدَهُ أَخَذَهُ لِأَنَّهُ أَمَانَةٌ عِنْدَهُ وَقَبْضُ الْأَمَانَةِ لَا يَتَوَبُّ عَنْ قَبْضِ الْبَيْعِ، وَلَوْ كَانَ لَمْ يُشْهَدْ يَجِبُ أَنْ يَصِيرَ قَابِضًا لِأَنَّهُ قَبْضُ غَضَبٍ، لَوْ قَالَ هُوَ عِنْدَ فُلَانٍ فَبِعَهُ مِنِّي فَبَاعَهُ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ آبِقٌ فِي حَقِّ الْمُتَعَاقِدَيْنِ وَلِأَنَّهُ لَا يَقْدَرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ.

وَلَوْ بَاعَ الْآبِقُ ثُمَّ عَادَ مِنَ الْإِبَاقِ لَا يَتِمُّ ذَلِكَ الْعَقْدُ؛ لِأَنَّهُ وَقَعَ بَاطِلًا لِانْعِدَامِ الْمَحَلِّيَّةِ كَبَيْعِ الطَّيْرِ فِي الْهَوَاءِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يَتِمُّ الْعَقْدُ إِذَا لَمْ يُفْسَخْ لِأَنَّ الْعَقْدَ انْعَقَدَ لِقِيَامِ الْمَالِيَّةِ وَالْمَانِعِ قَدْ ارْتَفَعَ وَهُوَ الْعَجْزُ عَنِ التَّسْلِيمِ، كَمَا إِذَا أَبَقَ بَعْدَ الْبَيْعِ، وَهَكَذَا يُرَوَّى عَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْآبِقِ) بَيْعُ الْآبِقِ الْمُطْلَقِ لَا يَجُوزُ لِمَا ذَكَرَ مُحَمَّدٌ فِي الْأَصْلِ بِقَوْلِهِ «بَلَّغْنَا عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْعَرَرِ وَعَنْ بَيْعِ الْعَبْدِ الْآبِقِ» وَلِأَنَّهُ غَيْرُ

مَقْدُورِ التَّسْلِيمِ، وَالْآبِقُ الَّذِي لَا يَكُونُ مُطْلَقًا وَهُوَ الَّذِي لَا يَكُونُ آبِقًا فِي حَقِّ أَحَدٍ
 الْمُتَعَاقِدَيْنِ جَازَ يَنْعُهُ كَمَنْ بَاعَهُ مِنْ رَجُلٍ يَزْعُمُ أَنَّهُ عِنْدَهُ لِأَنَّ الْمَنْهِيَ عَنْهُ يَنْعُ الْمُطْلَقِ مِنْهُ،
 وَهَذَا غَيْرُ آبِقٍ فِي حَقِّ الْمُشْتَرِي فَيَنْتَفِي الْعَجْزُ عَنِ التَّسْلِيمِ الْمَانِعِ مِنَ الْجَوَازِ ثُمَّ هَلْ يَصِيرُ
 قَابِضًا بِمَجَرَّدِ الْعَقْدِ أَوْ لَا، إِنْ كَانَ قَبْضُهُ لِنَفْسِهِ يَصِيرُ قَابِضًا عَقَبَ الشَّرَاءِ بِالْإِتِّفَاقِ؛
 وَإِنْ قَبْضُهُ لِلرَّدِّ، فَإِمَّا أَنْ يَشْهَدَ عَلَى ذَلِكَ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ لَا يَصِيرُ قَابِضًا لِأَنَّهُ
 أَمَانَةٌ عِنْدَهُ، حَتَّى لَوْ هَلَكَ قَبْلَ الْوُصُولِ إِلَى الْمَوْلَى هَلَكَ مِنْ مَالِ الْمَوْلَى (وَقَبْضُ الْأَمَانَةِ لَا
 يَتَوَبُّ عَنْ قَبْضِ الْبَيْعِ) لِأَنَّ قَبْضَ الضَّمَانِ أَقْوَى لِتَأْكِيدِهِ بِاللُّزُومِ وَالْمِلْكِ، أَمَّا اللَّزُومُ فَلَأَنَّ
 الْمُشْتَرِي لَوْ امْتَنَعَ عَنْ قَبْضِ الْمَبِيعِ أُجْبِرَ عَلَيْهِ وَبَعْدَ الْقَبْضِ لَيْسَ لِلْبَائِعِ فَسْخُوهُ، بِخِلَافِ
 الْأَمَانَةِ. وَأَمَّا الْمِلْكُ فَلَأَنَّ الضَّمَانَ يُثْبِتُ الْمِلْكُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ عَلَى مَا هُوَ الْأَصْلُ. بِخِلَافِ
 قَبْضِ الْهَبَةِ.

وَإِنْ كَانَ الثَّانِي يَجِبُ أَنْ يَصِيرَ قَابِضًا لِأَنَّهُ قَبْضُ غَضَبٍ وَهُوَ قَبْضُ ضَمَانٍ وَهُوَ
 قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَذَكَرَ الْإِمَامُ التُّمَرْتَاشِيُّ أَنَّهُ لَا يَصِيرُ قَابِضًا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ،
 وَقَوْلُ الْمُصَنِّفِ يَجِبُ أَنْ يَصِيرَ قَابِضًا كَأَنَّهُ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّهُ يَلْزَمُ أَبَا يُوسُفَ الْقَوْلُ بِكَوْنِهِ
 قَابِضًا نَظَرًا إِلَى الْقَاعِدَةِ. وَلَوْ قَالَ الْمُشْتَرِي هُوَ عِنْدَ فُلَانٍ فَبِعَهُ مِنِّي فَبَاعَهُ لَا يَجُوزُ لِكَوْنِهِ
 آبِقًا فِي حَقِّ الْمُتَعَاقِدَيْنِ وَغَيْرِ مَقْدُورِ التَّسْلِيمِ، إِذِ الْبَائِعُ لَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِ مَا لَيْسَ فِي
 يَدِهِ، وَلَوْ بَاعَ الْآبِقُ ثُمَّ عَادَ مِنَ الْإِبَاقِ هَلْ يَتِمُّ ذَلِكَ الْعَقْدُ أَوْ يَحْتَاجُ إِلَى عَقْدٍ جَدِيدٍ؟
 فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَبِهِ أَخَذَ مَشَايِخُ بَلْخِي أَنَّ ذَلِكَ الْعَقْدَ لَا يَتِمُّ وَيَحْتَاجُ إِلَى عَقْدٍ جَدِيدٍ
 لَوْقُوعِهِ بَاطِلًا، فَإِنْ جُزِيَ الْمَحَلُّ الْقُدْرَةَ عَلَى التَّسْلِيمِ وَقَدْ فَاتَ وَقْتُ الْعَقْدِ فَانْعَدَمَ الْمَحَلُّ
 فَصَارَ كَمَا إِذَا بَاعَ الطَّيْرَ فِي الْهَوَاءِ ثُمَّ أَخَذَهُ وَسَلَّمَهُ فِي الْمَجْلِسِ. وَعُورِضَ بِأَنَّ الْإِعْتِقَاقَ
 يَجُوزُ. وَلَوْ فَاتَ الْمَحَلُّ لَمَّا جَازَ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْإِعْتِقَاقَ يُبْطِلُ الْمِلْكَ وَهُوَ يُلَاحِظُ النَّوَى
 بِالْإِبَاقِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ فِيهِ فَإِنَّهُ إِثْبَاتِي، وَالنَّوَى يُنَافِيهِ.

وَرَوَى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْعَقْدَ يَتِمُّ إِذَا لَمْ يُفْسَخْ، وَالْبَائِعُ إِنْ امْتَنَعَ عَنْ تَسْلِيمِهِ
 وَالْمُشْتَرِي عَنْ قَبْضِهِ أُجْبِرَ عَلَى ذَلِكَ لِأَنَّ الْعَقْدَ قَدْ انْعَقَدَ لِقِيَامِ الْمَالِيَةِ لِأَنَّ مَالِ الْمَوْلَى لَا
 يَزُولُ بِالْإِبَاقِ وَلِهَذَا جَازَ إِعْتَاقُهُ وَتَدْيِيرُهُ، وَالْمَانِعُ وَهُوَ الْعَجْزُ عَنِ التَّسْلِيمِ قَدْ ارْتَفَعَ
 فَتَحَقَّقَ الْمُقْتَضَى وَانْتَفَى الْمَانِعُ فَيَجُوزُ وَصَارَ كَمَا إِذَا أَبَقَ الْعَبْدُ بَعْدَ الْبَيْعِ، وَهَكَذَا يُرَوَى

عَنْ مُحَمَّدٍ وَبِهِ أَخَذَ الْكَرَّحِيُّ وَجَمَاعَةٌ مِنْ مَشَايخِنَا. وَأَمَّا إِذَا رَفَعَهُ الْمُشْتَرِي إِلَى الْقَاضِي وَطَلَبَ مِنْهُ التَّسْلِيمَ وَعَجَزَ الْبَائِعُ عَنْهُ وَفَسَخَ الْعَقْدَ بَيْنَهُمَا ثُمَّ ظَهَرَ الْعَبْدُ فَإِنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى بَيْعٍ جَدِيدٍ.

قَالَ (وَلَا يَبْعُ لَبْنِ امْرَأَةٍ فِي قَدَحٍ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ يَجُوزُ بَيْعُهُ لِأَنَّهُ مَشْرُوبٌ طَاهِرٌ، وَلَنَا أَنَّهُ جُزْءُ الْآدَمِيِّ وَهُوَ بِجَمِيعِ أَجْزَائِهِ مُكْرَمٌ مَصُونٌ عَنِ الْإِبْتِدَالِ بِالْبَيْعِ، وَلَا فَرْقَ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ بَيْنَ لَبْنِ الْحُرَّةِ وَالْأَمَةِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُ لَبْنِ الْأَمَةِ لِأَنَّهُ يَجُوزُ إِيْرَادُ الْعَقْدِ عَلَى نَفْسِهَا فَكَذَا عَلَى جُزْئِهَا. قُلْنَا: الرَّقُّ قَدْ حُلَّ نَفْسِهَا، فَأَمَّا اللَّبْنُ فَلَا رِقَّ فِيهِ لِأَنَّهُ يَخْتَصُّ بِمَحَلٍّ يَتَحَقَّقُ فِيهِ الْقُوَّةُ الَّتِي هِيَ ضِدُّهُ وَهُوَ الْحَيُّ وَلَا حَيَاةَ فِي اللَّبْنِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا لَبْنِ امْرَأَةٍ فِي قَدَحٍ) قِيدَ بِقَوْلِهِ فِي قَدَحٍ لَدَفْعِ مَا عَسَى أَنْ يُتَوَهَّمُ أَنَّ بَيْعَهُ فِي الضَّرْعِ لَا يَجُوزُ كَسَائِرِ الْأَبَانِ الْحَيَوَانَاتِ، وَفِي الْقَدَحِ يَجُوزُ فَقَالَ: إِنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي قَدَحٍ. وَجَوَزَ الشَّافِعِيُّ بَيْعَهُ لِأَنَّهُ مَشْرُوبٌ طَاهِرٌ وَيَبْعُ مِثْلَهُ جَائِزٌ كَسَائِرِ الْأَبَانِ، وَعَقَّبَ بِقَوْلِهِ طَاهِرًا احْتِرَازًا عَنِ الْخَمْرِ فَإِنَّهَا لَيْسَتْ بِطَاهِرَةٍ. وَلَنَا أَنَّهُ جُزْءُ الْآدَمِيِّ لِأَنَّ الشَّرْعَ أَثَبَتَ حُرْمَةَ الرِّضَاعِ لِمَعْنَى الْبَعْضِيَّةِ، وَجُزْءُ الْآدَمِيِّ لَيْسَ بِمَالٍ لِأَنَّ النَّاسَ لَا يَتَمَوَّلُونَهُ وَمَا لَيْسَ بِمَالٍ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ. وَعَوْرَضَ بِأَنَّهُ لَوْ كَانَ جُزْءُ الْآدَمِيِّ لَكَانَ مَضْمُونًا بِالْإِثْلَافِ كَبَقِيَّةِ أَجْزَاءِ الْآدَمِيِّ.

أَجِيبَ بَأَنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّ الْأَجْزَاءَ تُضْمَنُ بِالْإِثْلَافِ بَلِ الْمَضْمُونُ مَا انْتَقَصَ مِنَ الْأَصْلِ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْجُرْحَ إِذَا اتَّصَلَ بِهِ الْبُرْءُ يَسْقُطُ الضَّمَانُ وَكَذَا السِّنُّ إِذَا نَبَتَتْ (قَوْلُهُ وَهُوَ) أَيُّ الْآدَمِيِّ بِجَمِيعِ أَجْزَائِهِ مُكْرَمٌ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ دَلِيلًا آخَرَ وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الْآدَمِيَّ بِجَمِيعِ أَجْزَائِهِ مُكْرَمٌ مَصُونٌ عَنِ الْإِبْتِدَالِ، وَمَا يَرِدُ عَلَيْهِ الْبَيْعُ لَيْسَ بِمُكْرَمٍ وَلَا مَصُونٍ عَنِ الْإِبْتِدَالِ، وَلَا فَرْقَ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ بَيْنَ لَبْنِ الْحُرَّةِ وَالْأَمَةِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُ لَبْنِ الْأَمَةِ لِأَنَّهُ يَجُوزُ إِيْرَادُ الْبَيْعِ عَلَى نَفْسِهَا فَيَجُوزُ عَلَى جُزْئِهَا اعْتِبَارًا لِلْجُزْءِ بِالْكُلِّ. وَالْجَوَابُ أَنَّهُ اعْتِبَارٌ مَعَ وُجُودِ الْفَارِقِ فَلَا يَجُوزُ. وَيَبَّاهُ أَنَّ الرَّقَّ حُلُّ نَفْسِهَا وَمَا حُلَّ فِيهِ الرَّقُّ جَازَ بَيْعُهُ، وَأَمَّا اللَّبْنُ فَلَا رِقَّ فِيهِ لِأَنَّ الرَّقَّ يَخْتَصُّ بِمَحَلِّ الْقُوَّةِ الَّتِي هِيَ

ضِدُّ الرِّقِّ: يَعْني العِتْقَ، وَهُوَ أَيُّ الْمَحْلُ هُوَ الْحَيُّ، وَمَعْنَاهُ أَكْثُهُمَا صِفَتَانِ يَتَعَاقَبَانِ عَلَى مَوْضِعٍ وَاحِدٍ فَهُمَا ضِدَّانِ، وَإِذَا لَا حَيَاةَ فِي اللَّبَنِ لَا يَرِدُ عَلَيْهِ الرِّقُّ وَلَا الْعِتْقُ لِانْتِفَاءِ الْمَوْضُوعِ. وَالْجَوَابُ عَنْ قَوْلِهِ مَشْرُوبٌ طَاهِرٌ أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ كَوْنُهُ مَشْرُوبًا مُطْلَقًا أَوْ فِي حَالِ الضَّرُورَةِ، وَالْأَوَّلُ مَمْنُوعٌ. فَإِنَّهُ إِذَا اسْتَعْنَى عَنْهُ حَرَّمَ شُرْبُهُ. وَالثَّانِي مُسَلَّمٌ لِأَنَّهُ غِذَاءٌ فِي تَرْبِيَةِ الصَّغَارِ لِأَجْلِ الضَّرُورَةِ فَإِنَّهُمْ لَا يَتَرَبُّونَ إِلَّا بِلَبَنِ الْجَنَسِ عَادَةً، وَلَكِنْ لَا يَذُلُّ ذَلِكَ عَلَى كَوْنِهِ مَا لَا كَالْمَيْتَةِ تَكُونُ غِذَاءً عِنْدَ الضَّرُورَةِ وَلَيْسَتْ بِمَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ.

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ شَعْرِ الْخِنْزِيرِ) لِأَنَّهُ نَجِسُ الْعَيْنِ فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ إِهَانَةً لَهُ، وَيَجُوزُ الْانْتِفَاعُ بِهِ لِلْحَرْزِ لِلضَّرُورَةِ فَإِنَّ ذَلِكَ الْعَمَلَ لَا يَتَأْتِي بِدُونِهِ، وَيُوجَدُ مَبَاحُ الْأَصْلِ فَلَا ضَرُورَةَ إِلَى الْبَيْعِ، وَلَوْ وَقَعَ فِي الْمَاءِ الْقَلِيلِ أَفْسَدَهُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَفْسِدُهُ لِأَنَّهُ إِطْلَاقُ الْانْتِفَاعِ بِهِ دَلِيلُ طَهَارَتِهِ وَلِأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْإِطْلَاقَ لِلضَّرُورَةِ فَلَا يَظْهَرُ إِلَّا فِي حَالَةِ الْاسْتِعْمَالِ وَحَالَةِ الْوُقُوعِ تُغَايِرُهَا.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ شَعْرِ الْخِنْزِيرِ لِأَنَّهُ نَجِسُ الْعَيْنِ) وَنَجِسُ الْعَيْنِ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ إِهَانَةً لَهُ، وَيَجُوزُ الْانْتِفَاعُ بِهِ لِلْحَرْزِ لِلضَّرُورَةِ لِأَنَّهُ غَيْرُهُ لَا يَعْمَلُ عَمَلَهُ. فَإِنْ قِيلَ: إِذَا كَانَ كَذَلِكَ وَجَبَ أَنْ يَجُوزَ بَيْعُهُ. أَجَابَ بِأَنَّهُ يُوجَدُ مَبَاحُ الْأَصْلِ فَلَا ضَرُورَةَ إِلَى بَيْعِهِ، وَعَلَى هَذَا قِيلَ: إِذَا كَانَ لَا يُوجَدُ إِلَّا بِالْبَيْعِ جَارَ بَيْعِهِ لَكِنَّ الثَّمَنَ لَا يَطِيبُ لِلْبَائِعِ. وَقَالَ أَبُو الْيَتِّ: إِنْ كَانَتْ الْأَسَاكِفَةُ لَا يَجِدُونَ شَعْرَ الْخِنْزِيرِ إِلَّا بِالشَّرَاءِ يَنْبَغِي أَنْ يَجُوزَ لَهُمُ الشَّرَاءُ، وَلَوْ وَقَعَ فِي الْمَاءِ أَفْسَدَهُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لِأَنَّهُ إِطْلَاقُ لِلضَّرُورَةِ وَلَا ضَرُورَةَ إِلَّا فِي حَالَةِ الْاسْتِعْمَالِ وَحَالَةِ الْوُقُوعِ غَيْرُ حَالَةِ الْاسْتِعْمَالِ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَفْسِدُهُ لِأَنَّهُ إِطْلَاقُ الْانْتِفَاعِ بِهِ دَلِيلُ طَهَارَتِهِ، وَوُقُوعُ الطَّاهِرِ فِي الْمَاءِ لَا يُنَجِّسُهُ، وَكَانَ الْمُصَنِّفُ اخْتَارَ قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ حَيْثُ أَخْرَجَهُ، قِيلَ: هَذَا إِذَا كَانَ مَتَوَفَاً، وَأَمَّا الْمَجْزُورُ فَطَاهِرٌ كَذَا فِي التُّمْرَتَاشِيِّ وَقَاضِي خَانَ.

(وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ شُعُورِ الْإِنْسَانِ وَلَا الْانْتِفَاعُ بِهَا) لِأَنَّ الْأَدَمِيَّ مُكْرَمٌ لَا مَبْتَدَلٌ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ شَيْءٌ مِنْ أَجْزَائِهِ مَهَانًا وَمَبْتَدَلًا وَقَدْ قَالَ: عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَعَنَ اللَّهُ

الوَاصِلَةَ وَالْمُسْتَوْصِلَةَ»^(١) الْحَدِيثُ، وَإِنَّمَا يُرَخَّصُ فِيهَا يُتَّخَذُ مِنَ الْوَبَرِ فَيَزِيدُ فِي قُرُونِ
النِّسَاءِ وَذَوَائِبِهِنَّ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ شَعُورِ الْإِنْسَانِ إِنْ بَاعَ شَعُورَ الْآدَمِيِّينَ وَالْإِنْتِفَاعُ بِهَا لَا
يَجُوزُ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَجُوزُ الْإِنْتِفَاعُ بِهَا اسْتِدْلَالًا بِمَا رَوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ حِينَ خَلَقَ
رَأْسَهُ قَسَمَ شَعْرَهُ بَيْنَ أَصْحَابِهِ فَكَانُوا يَتَبَرَّكُونَ بِهِ» وَلَوْ كَانَ نَجَسًا لَمَا فَعَلَهُ، إِذِ النَّجَسُ
لَا يَتَبَرَّكُ بِهِ. وَجَهُ الظَّاهِرِ أَنَّ الْآدَمِيَّ مُكْرَمٌ غَيْرُ مُبْتَدَلٍ، وَمَا هُوَ كَذَلِكَ لَا يَجُوزُ أَنْ
يَكُونَ شَيْءٌ مِنْ أَجْزَائِهِ مُبْتَدَلًا مُهَانًا وَفِي الْبَيْعِ وَالْإِنْتِفَاعِ ذَلِكَ، وَيُؤَيِّدُ ذَلِكَ قَوْلُهُ ﷺ:
«لَعَنَ اللَّهُ الْوَاصِلَةَ وَالْمُسْتَوْصِلَةَ» وَالْوَاصِلَةُ مَنْ تَصِلُ الشَّعْرُ، وَالْمُسْتَوْصِلَةُ مَنْ يُفَعَّلُ بِهَا
ذَلِكَ. فَإِنْ قِيلَ: جَعَلَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ يَبْعُ شَعْرَ الْخَنْزِيرِ إِعْزَازًا فِيهِمَا تَقَدَّمَ وَجَعَلَ شَعْرَ
الْآدَمِيِّ إِهَانَةً لَهُ وَالْبَيْعُ حَقِيقَةٌ وَاحِدَةٌ فَكَيْفَ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُوجِبًا لِأَمْرَيْنِ مُتَنَافِيَيْنِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْبَيْعَ مُبَادَلَةٌ فَلَا بُدَّ فِيهِ مِنَ الْمَبِيعِ، فَإِنْ كَانَ مِمَّا حَقَرَهُ الشَّرْعُ فَبَيْعُهُ
وَمُبَادَلَتُهُ بِمَا لَمْ يُحَقِّرْهُ إِعْزَازٌ لَهُ فَلَا يَجُوزُ لِإِفْضَائِهِ إِلَى إِعْزَازِ مَا حَقَرَهُ الشَّرْعُ، وَإِنْ كَانَ
مِمَّا كَرَّمَهُ وَعَظَّمَهُ فَبَيْعُهُ وَمُبَادَلَتُهُ بِمَا لَيْسَ كَذَلِكَ إِهَانَةٌ لَهُ فَلَا يَجُوزُ لِإِفْضَائِهِ إِلَى تَحْقِيرِ
مَا عَظَّمَهُ الشَّرْعُ فَلَيْسَ ذَلِكَ مِنَ الْبَيْعِ فِي شَيْءٍ، وَإِنَّمَا هُوَ مِنْ وَصْفِ الْمَحَلِّ شَرْعًا، ثُمَّ
إِنْ عَدِمَ جَوَازَهُمَا لَيْسَ لِلنَّجَاسَةِ عَلَى الصَّحِيحِ لَأَنَّ شَعْرَ غَيْرِ الْإِنْسَانِ لَا يَنْجُسُ بِالْمَزَايِلَةِ
فَشَعْرُهُ وَهُوَ طَاهِرٌ أَوَّلَى، وَلَآنَ فِي تَنَافُرِ الشُّعُورِ ضَرُورَةٌ وَهِيَ تَنَافِي النَّجَاسَةِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: نَجَسُ الْحُرْمَةِ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ، وَهُوَ مَحْجُوجٌ بِالضَّرُورَةِ، وَلَا بَأْسَ
بِاتِّخَاذِ الْقَرَامِيلِ وَهِيَ مَا يُتَّخَذُ مِنَ الْوَبَرِ لَزِيدٍ فِي قُرُونِ النِّسَاءِ: أَيُّ فِي أَصُولِ شَعْرِهِنَّ
بِالتَّكْثِيرِ وَفِي ذَوَائِبِهِنَّ بِالتَّطْوِيلِ.

قَالَ (وَلَا يَبْعُ جُلُودُ الْمَيْتَةِ قَبْلَ أَنْ تُدْبَغَ) لِأَنَّهُ غَيْرُ مُنْتَفَعٍ بِهِ، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ
وَالسَّلَامُ «لَا تَنْتَفِعُوا مِنَ الْمَيْتَةِ بِأَهَابٍ»^(٢) وَهُوَ اسْمٌ لَغَيْرِ الْمَدْبُوغِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي كِتَابِ
الصَّلَاةِ (وَلَا بَأْسَ بِبَيْعِهَا وَالْإِنْتِفَاعِ بِهَا بَعْدَ الدِّبَاغِ) لِأَنَّهَا قَدْ طَهِّرَتْ بِالدِّبَاغِ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ

(١) أخرجه البخاري (٥٩٣٧)، ومسلم في اللباس والزينة (حديث ١١٩).

(٢) سبق تحريجه.

فِي كِتَابِ الصَّلَاةِ (وَلَا بَأْسَ بِبَيْعِ عِظَامِ الْمَيِّتَةِ وَعَصَبِهَا وَصُوفِهَا وَقَرْنِهَا وَشَعْرِهَا وَوَبَرِّهَا
وَالِانْتِفَاعِ بِذَلِكَ كُلِّهِ)؛ لِأَنَّهَا طَاهِرَةٌ لَا يَحِلُّهَا الْمَوْتُ؛ لِعَدَمِ الْحَيَاةِ وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ.
وَالْفِيلُ كَالْخِنْزِيرِ نَجِسٌ الْعَيْنُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَهُمَا بِمَنْزِلَةِ السَّبَاعِ حَتَّى يُبَاعَ
عَظْمُهُ وَيَنْتَفَعَ بِهِ.

الشرح:

وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ جُلُودِ الْمَيِّتَةِ قَبْلَ أَنْ تُدْبَغَ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُنْتَفَعٍ بِهَا لِنَجَاسَتِهَا. قَالَ ﷺ
«لَا تَتَّفَعُوا مِنَ الْمَيِّتَةِ بِإِهَابٍ» وَهُوَ اسْمٌ لَغَيْرِ الْمَدْبُوعِ، كَذَا رُويَ عَنِ الْخَلِيلِ وَقَدْ مَرَّ فِي
كِتَابِ الصَّلَاةِ. فَإِنْ قِيلَ: نَجَاسَتُهَا مُجَاوِرَةٌ بِاتِّصَالِ الرُّسُومَاتِ وَمِثْلُ ذَلِكَ يَجُوزُ بَيْعُهُ
كَالثُّوبِ النَّجِسِ.

أُجِيبَ بِأَنَّهَا خَلْفِيَّةٌ فَمَا لَمْ يُزَالِ بِالدَّبَاغِ فَهِيَ كَعَيْنِ الْجِلْدِ، بِخِلَافِ نَجَاسَةِ
الثُّوبِ. فَإِنْ قِيلَ: قَوْلُهُ ﷺ لَا تَتَّفَعُوا) وَهُوَ يَقْتَضِي الْمَشْرُوعِيَّةَ فَمَنْ أَيْنَ الْجَوَازُ؟
فَالْجَوَابُ أَنَّهُ نَهَى عَنِ الْأَفْعَالِ الْحَسِيَّةِ وَهُوَ يُفِيدُهُ، طَالَعَ التَّقْرِيرُ تَطْلُعَ عَلَيْهِ (وَلَا بَأْسَ
بِبَيْعِهَا وَالِانْتِفَاعِ بِهَا بَعْدَ الدَّبَاغِ لِأَنَّهَا طَهَّرَتْ بِهِ) لِأَنَّ تَأْثِيرَهُ فِي إِزَالَةِ الرُّطُوبَاتِ
كَالدَّكَاءِ وَالْجِلْدُ يَطْهَرُ بِهَا فَيَطْهَرُ بِالدَّبَاغِ. وَلَا بَأْسَ بِبَيْعِ عِظَامِ الْمَيِّتَةِ وَعَصَبِهَا وَصُوفِهَا
وَقَرْنِهَا وَشَعْرِهَا وَوَبَرِّهَا وَالِانْتِفَاعِ بِذَلِكَ كُلِّهِ لِأَنَّهَا طَاهِرَةٌ لَا يَحِلُّهَا الْمَوْتُ لِعَدَمِ
الْحَيَاةِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي كِتَابِ الصَّلَاةِ (وَالْفِيلُ كَالْخِنْزِيرِ نَجِسٌ الْعَيْنُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ) اِغْتِبَارًا
بِهِ فِي حُرْمَةِ اللَّحْمِ وَغَيْرِهَا.

قَالَ لَا تَفْعَ عَلَيْهِ الرُّكَاءُ، وَإِذَا دُبِغَ جِلْدُهُ لَمْ يَطْهَرُ. وَعِنْدَهُمَا بِمَنْزِلَةِ السَّبَاعِ يُبَاعُ
عَظْمُهُ لِأَنَّهُ يُنْتَفَعُ بِهِ بِالرُّكُوبِ وَالْحَمْلِ وَغَيْرِ ذَلِكَ، فَلَمْ يَكُنْ نَجِسَ الْعَيْنِ بَلْ كَانَ
كَالْكَلْبِ وَسَائِرِ السَّبَاعِ. قَالُوا: يَبِيعُ عَظْمُهُ إِذَا يَجُوزُ إِذَا لَمْ تُكُنْ عَلَيْهِ دُسُومَةٌ، وَأَمَّا إِذَا
كَانَتْ فَهُوَ نَجِسٌ فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ.

قَالَ (وَإِذَا كَانَ السُّفْلُ لِرَجُلٍ وَعُلُوُّهُ لِآخَرَ فَسَقَطَا أَوْ سَقَطَ الْعُلُوُّ وَحَدَهُ فَبَاعَ
صَاحِبُ الْعُلُوِّ عُلُوُّهُ لَمْ يَجُزْ) لِأَنَّ حَقَّ التَّعْلِي لَيْسَ بِمَالٍ لِأَنَّ الْمَالَ مَا يُمَكِّنُ إِحْرَارَهُ وَالْمَالُ هُوَ
الْمَحِلُّ لِلْبَيْعِ، بِخِلَافِ الشَّرْبِ حَيْثُ يَجُوزُ بَيْعُهُ تَبَعًا لِلْأَرْضِ بِاتِّفَاقِ الرُّوَايَاتِ.

وَمُفْرَدًا فِي رِوَايَةٍ، وَهُوَ اخْتِيَارُ مَشَايخِ بَلْخِي رَحِمَهُمُ اللَّهُ لِأَنَّهُ حَظٌّ مِنَ الْمَاءِ وَلِهَذَا
يُضْمَنُ بِالِاتِّفَاقِ وَلَهُ قِسْطٌ مِنَ الثَّمَنِ عَلَى مَا نَذَرْنَاهُ فِي كِتَابِ الشَّرْبِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا كَانَ السُّفْلُ لِرَجُلٍ وَغُلُوهُ لآخَرَ فَسَقَطَ أَوْ سَقَطَ الْعُلُوُّ وَخَذَهُ قَبَاعُ صَاحِبِ الْعُلُوِّ غُلُوهُ لَمْ يَجُزْ) لِأَنَّ حَقَّ التَّعْلِي لَيْسَ بِمَالٍ لَعَدَمِ إِمْكَانِ إِحْرَارِهِ (وَالْمَالُ هُوَ الْمَحَلُّ لِلْبَيْعِ) فَإِنْ قِيلَ: الشَّرْبُ حَقُّ الْأَرْضِ وَلِهَذَا قَالَ فِي كِتَابِ الشَّرْبِ: إِذَا اشْتَرَى أَرْضًا لَمْ يَكُنْ لَهُ شَرْبٌ فَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَجُوزَ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ بِخِلَافِ الشَّرْبِ حَيْثُ يَجُوزُ بَيْعُهُ تَبَعًا لِلْأَرْضِ بِاتِّفَاقِ الرُّوَايَاتِ. وَمُفْرَدًا فِي رِوَايَةٍ وَهُوَ اخْتِيَارُ مَشَايِخِ بَلْخِي لِأَنَّهُ حَظٌّ مِنَ الْمَاءِ لَوْجُوبِ الضَّمَانِ بِالْإِثْلَافِ، فَإِنْ مَنْ سَقَى أَرْضَ نَفْسِهِ بِمَاءٍ غَيْرِهِ يَضْمَنُ، وَلِأَنَّ لَهُ حَظًّا مِنَ الثَّمَنِ ذَكَرَهُ فِي كِتَابِ الشَّرْبِ. قَالَ فِي شَاهِدَيْنِ شَهِدَ أَحَدُهُمَا بِشِرَاءِ أَرْضٍ بِشَرِبِهَا بِأَلْفٍ وَالْآخَرُ بِشِرَائِهَا بِأَلْفٍ وَلَمْ يَذْكُرِ الشَّرْبَ لَمْ يُقْبَلْ لِأَنَّهُمَا اخْتَلَفَا فِي ثَمَنِ الْأَرْضِ لِأَنَّ بَعْضَ الثَّمَنِ يُقَابَلُ الشَّرْبَ، وَإِنَّمَا لَمْ يَجُزْ بَيْعُ الشَّرْبِ وَخَذَهُ فِي ظَاهِرِ الرُّوَايَةِ لِلْجَهَالَةِ لَا بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ، بِخِلَافِ بَيْعِهِ مَعَهَا تَبَعًا لَزَوَالِهَا بِاعْتِبَارِ التَّبَعِيَّةِ.

قَالَ (وَبَيْعُ الطَّرِيقِ وَهَبْتُهُ جَائِزٌ وَبَيْعُ مَسِيلِ الْمَاءِ وَهَبْتُهُ بَاطِلٌ) وَالْمَسَائِلُ تَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ: بَيْعُ رَقَبَةِ الطَّرِيقِ وَالْمَسِيلِ، وَبَيْعُ حَقِّ الْمُرُورِ وَالتَّسْيِيلِ. فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَوَجْهُ الْفَرْقِ بَيْنَ الْمَسَائِلَتَيْنِ أَنَّ الطَّرِيقَ مَعْلُومٌ لِأَنَّ لَهُ طُولًا وَعَرْضًا مَعْلُومًا، وَأَمَّا الْمَسِيلُ فَمَجْهُولٌ لِأَنَّهُ لَا يَدْرَى قَدْرُ مَا يَشْغَلُهُ مِنَ الْمَاءِ وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَفِي بَيْعِ حَقِّ الْمُرُورِ رِوَايَتَانِ وَوَجْهُ الْفَرْقِ عَلَى إِحْدَاهُمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ حَقِّ التَّسْيِيلِ أَنَّ حَقَّ الْمُرُورِ مَعْلُومٌ لَتَعَلُّقِهِ بِمَحَلٍّ مَعْلُومٍ وَهُوَ الطَّرِيقُ، أَمَّا الْمَسِيلُ عَلَى السَّطْحِ فَهُوَ تَضْيِيقُ حَقِّ التَّعْلِي وَعَلَى الْأَرْضِ مَجْهُولٌ لْجَهَالَةِ مَحَلِّهِ. وَوَجْهُ الْفَرْقِ بَيْنَ حَقِّ الْمُرُورِ وَحَقِّ التَّعْلِي عَلَى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ أَنَّ حَقَّ التَّعْلِي يَتَعَلَّقُ بِعَيْنٍ لَا تَبْقَى وَهُوَ الْبِنَاءُ فَأَشْبَهَ الْمَنَافِعَ، أَمَّا حَقُّ الْمُرُورِ يَتَعَلَّقُ بِعَيْنٍ تَبْقَى وَهُوَ الْأَرْضُ فَأَشْبَهَ الْأَعْيَانَ.

الشرح:

قَالَ (وَبَيْعُ الطَّرِيقِ وَهَبْتُهُ جَائِزَةٌ) يَنْبَغِي رَقَبَةُ الطَّرِيقِ وَهَبْتُهُ جَائِزٌ لَكَوْنِهِ مَعْلُومًا بِطَوْلِهِ وَعَرْضِهِ إِنْ بَيَّنَّ ذَلِكَ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَإِلَّا قُدِّرَ بِعَرْضِ بَابِ الدَّارِ الْعُظْمَى، وَهُوَ مُشَاهِدٌ مُحْسُوسٌ لَا يَقْبَلُ التَّرَاغُ.

وَيَنْبَغِي رَقَبَةُ الْمَسِيلِ مِنْ حَيْثُ هُوَ مَسِيلٌ وَهَبْتُهُ إِذَا لَمْ يُبَيَّنَّ الطُّولُ وَالْعَرْضُ لَا يَجُوزُ

لِلجَهَالَةِ حَيْثُ لَا يَذَرِي قَدْرَ مَا يَشْغَلُهُ الْمَاءُ، وَالْقَيْدُ الْأَوَّلُ لِإِخْرَاجِ بَيْعِ رَقَبَتِهِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ نَهَرَ فَإِنَّهُ أَرْضٌ مَمْلُوكَةٌ جَازَ بَيْعُهَا. ذَكَرَهُ شَمْسُ الْأُئِمَّةِ السَّرْحَسِيُّ. وَالثَّانِي لِإِخْرَاجِ بَيْعِهِ مِنْ حَيْثُ هُوَ مَسِيلٌ إِذَا بَيَّنَّ حُدُودَهُ وَمَوْضِعَهُ فَإِنَّهُ جَائِزٌ أَيْضًا. ذَكَرَهُ قَاضِي خَانُ.

وَهَذَا أَحَدُ مُحْتَمَلِي الْمَسْأَلَةِ، وَيَبْعُ حَقَّ الْمُرُورِ وَهُوَ حَقُّ التَّطَرُّقِ دُونَ رَقَبَةِ الْأَرْضِ جَائِزٌ فِي رِوَايَةِ ابْنِ سَمَاعَةَ، وَجُعِلَ فِي كِتَابِ الْقِسْمَةِ لِحَقِّ الْمُرُورِ قِسْطًا مِنَ الثَّمَنِ حَيْثُ قَالَ: دَارٌ بَيْنَ رَجُلَيْنِ فِيهَا طَرِيقٌ لِرَجُلٍ آخَرَ لَيْسَ لَهُ مَنَعُهُمَا مِنَ الْقِسْمَةِ وَيَتْرُكُ لِلطَّرِيقِ مِقْدَارَ بَابِ الدَّارِ الْعُظْمَى لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ فِي غَيْرِ الطَّرِيقِ، فَإِنْ بَاعُوا الدَّارَ وَالطَّرِيقَ بِرِضَاهُمَا يَضْرِبُ صَاحِبُ الْأَصْلِ بِثَلَاثِي ثَمَنِ الطَّرِيقِ وَصَاحِبُ الْمَرِّ بِثَلَاثِ الثَّمَنِ لِأَنَّ صَاحِبَ الدَّارِ اثْنَانِ وَصَاحِبُ الْمَرِّ وَاحِدٌ، وَقِسْمَةُ الطَّرِيقِ تَكُونُ عَلَى عَدَدِ الرُّعُوسِ لِأَنَّ صَاحِبَ الْقَلِيلِ يُسَاوِي صَاحِبَ الْكَثِيرِ فِي الِاتِّفَاعِ، فَقَدْ جُعِلَ لِحَقِّ الْمُرُورِ قِسْطًا مِنَ الثَّمَنِ وَهُوَ مِمَّا يَدُلُّ عَلَى جَوَازِ الْبَيْعِ، وَفِي رِوَايَةِ الزِّيَادَاتِ: لَا يَجُوزُ، وَصَحَّحَهُ الْفَقِيهُ أَبُو الْلَيْثِ لِأَنَّهُ حَقٌّ مِنَ الْحُقُوقِ وَيَبْعُ الْحُقُوقُ بِالْأَنْفِرَادِ لَا يَجُوزُ. وَيَبْعُ التَّسْيِيلُ وَهُوَ حَقُّ الْمَسِيلِ لَا يَجُوزُ، وَهَذَا مُحْتَمَلُهُمَا الْآخَرُ. وَإِذَا عُرِفَ هَذَا، فَإِنْ كَانَ الْمُرَادُ الْمُحْتَمَلُ الْأَوَّلُ فَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا بِالْعِلْمِ وَالْجَهْلِ كَمَا مَرَّ أَنْفًا، وَإِنْ كَانَ الْمُحْتَمَلُ الثَّانِي فَعَلَى رِوَايَةِ الزِّيَادَاتِ لَا يَحْتَاجُ إِلَى الْفَرْقِ لِشُمُولِ عَدَمِ الْجَوَازِ.

وَأَمَّا عَلَى رِوَايَةِ ابْنِ سَمَاعَةَ فَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ حَقَّ الْمُرُورِ مَعْلُومٌ لِتَعَلُّقِهِ بِمَحَلِّ مَعْلُومٍ إِمَّا بِالْبَيَانِ أَوْ التَّقْدِيرِ كَمَا مَرَّ وَهُوَ الطَّرِيقُ، وَأَمَّا الْمَسِيلُ فِيمَا أَنْ يَكُونَ عَلَى السَّطْحِ أَوْ عَلَى الْأَرْضِ، وَالْأَوَّلُ حَقُّ التَّعْلِي وَهُوَ لَيْسَ بِمَالٍ وَلَا مُتَعَلِّقًا بِهِ مَعَ كَوْنِهِ مَجْهُولًا لِاخْتِلَافِ التَّسْيِيلِ بِقِلَةِ الْمَاءِ وَكَثْرَتِهِ، وَالثَّانِي مَجْهُولٌ فَعَادَ إِلَى الْفَرْقِ فِي الْمُحْتَمَلِ الْأَوَّلِ.

وَهَذِهِ الرِّوَايَةُ: أَعْنِي رِوَايَةَ ابْنِ سَمَاعَةَ فِي جَوَازِ بَيْعِ حَقِّ الْمُرُورِ تُلْجِئُ إِلَى الْفَرْقِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ التَّعْلِي، وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا مَا ذَكَرَهُ بِقَوْلِهِ إِنَّ حَقَّ التَّعْلِي تَعَلُّقُ بَعِيْنٍ لَا تَبْقَى وَهُوَ الْبِنَاءُ فَأَشْبَهَ الْمَنَافِعَ وَعَقْدَ الْبَيْعِ لَا يَرُدُّ عَلَيْهَا، أَمَّا حَقُّ الْمُرُورِ فَيَتَعَلَّقُ بِعَيْنٍ تَبْقَى وَهُوَ الْأَرْضُ فَأَشْبَهَ الْأَعْيَانَ وَالْبَيْعُ يَرُدُّ عَلَيْهَا، فَظَهَرَ مِنْ هَذَا أَنَّ مَحَلَّ الْبَيْعِ إِمَّا الْأَعْيَانَ الَّتِي هِيَ أَمْوَالٌ أَوْ حَقٌّ يَتَعَلَّقُ بِهَا. وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ السُّكْنَى مِنَ الدَّارِ مَثَلًا حَقٌّ يَتَعَلَّقُ بِعَيْنٍ تَبْقَى هُوَ مَالٌ وَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ.

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ جَارِيَةً فَإِذَا هُوَ غُلَامٌ) فَلَا بَيْعَ بَيْنَهُمَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ كَبْشًا فَإِذَا هُوَ نَعَجَةٌ حَيْثُ يَنْعَقِدُ الْبَيْعُ وَيَتَخَيَّرُ. وَالْفَرْقُ يَنْبَنِي عَلَى الْأَصْلِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ فِي النِّكَاحِ لِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهُوَ أَنَّ الْإِشَارَةَ مَعَ التَّسْمِيَةِ إِذَا اجْتَمَعَتَا فِيهِ مُخْتَلَفِي الْجِنْسِ يَتَعَلَّقُ الْعَقْدُ بِالْمُسَمَّى وَيَبْطُلُ لِبَاعِدَامِهِ، وَفِي مُتَحَدِّي الْجِنْسِ يَتَعَلَّقُ بِالْمُشَارِ إِلَيْهِ وَيَنْعَقِدُ لَوْجُودِهِ وَيَتَخَيَّرُ لِفَوَاتِ الْوَصْفِ كَمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا عَلَى أَنَّهُ خَبَازٌ فَإِذَا هُوَ كَاتِبٌ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا الذُّكْرُ وَالْأُنْثَى مِنْ بَنِي آدَمَ جِنْسَانِ لِلتَّفَاوُتِ فِي الْأَغْرَاضِ، وَفِي الْحَيَوَانَاتِ جِنْسٌ وَاحِدٌ لِلتَّقَارُبِ فِيهَا وَهُوَ الْمُعْتَبَرُ فِي هَذَا دُونَ الْأَصْلِ كَالْخَلِّ وَالْدُّبْسِ جِنْسَانِ. وَالْوَدَّارِيُّ وَالزَّنْدَنِيْجِيُّ عَلَى مَا قَالُوا جِنْسَانِ مَعَ اتِّحَادِ أَصْلِهِمَا.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ جَارِيَةً فَإِذَا هُوَ غُلَامٌ) اعْلَمْ أَنَّ الذُّكْرَ وَالْأُنْثَى قَدْ يَكُونَانِ جِنْسَيْنِ لِفُحْشِ التَّفَاوُتِ بَيْنَهُمَا، وَقَدْ يَكُونَانِ جِنْسًا وَاحِدًا لِقِلَّتِهِ، فَالْغُلَامُ وَالْجَارِيَةُ جِنْسَانِ لِأَنَّ الْغُلَامَ يَصْلُحُ لَخِدْمَةِ خَارِجِ الْبَيْتِ كَالْتِجَارَةِ وَالزَّرَاعَةِ وَغَيْرِهِمَا وَالْجَارِيَةُ لَخِدْمَةِ دَاخِلِ الْبَيْتِ كَالِاسْتِفْرَاشِ وَالِاسْتِيلَادِ اللَّذَيْنِ لَمْ يَصْلُحْ لُهُمَا الْغُلَامُ بِالْكُلِّيَّةِ، وَالْكَبْشُ وَالنَّعْجَةُ جِنْسٌ وَاحِدٌ لِأَنَّ الْغَرَضَ الْكُلِّيَّ مِنَ الْحَيَوَانَاتِ الْأَكْلُ وَالرُّكُوبُ وَالْحَمْلُ وَالذُّكْرُ وَالْأُنْثَى فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ، فَالْمُعْتَبَرُ فِي اخْتِلَافِ الْجِنْسِ وَاتِّحَادِهِ تَفَاوُتُ الْأَغْرَاضِ دُونَ الْأَصْلِ كَالْخَلِّ وَالْدُّبْسِ فَإِنَّهُمَا جِنْسَانِ مَعَ اتِّحَادِ أَصْلِهِمَا لِعَظَمِ التَّفَاوُتِ.

وَالْوَدَّارِيُّ بِكَسْرِ الْوَاوِ وَفَتْحِهَا: ثَوْبٌ مَنَسُوبٌ إِلَى وَدَّارٍ فَرِيَّةٍ بِسَمَرْتَنْدٍ، وَالزَّنْدَنِيْجِيُّ ثَوْبٌ مَنَسُوبٌ إِلَى زَنْدَنَةٍ: فَرِيَّةٌ يُخَارَى جِنْسَانِ مُخْتَلَفَانِ عَلَى مَا قَالَ الْمَشَايِخُ فِي شُرُوحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ. وَإِذَا عُرِفَ هَذَا فَإِذَا وَقَعَتِ الْإِشَارَةُ عَلَى مَبِيعِ ذُكْرٍ بِتَّسْمِيَةٍ، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ مِمَّا يَكُونُ الذُّكْرُ وَالْأُنْثَى فِيهِ جِنْسَيْنِ كَبَنِي آدَمَ فَالْعَقْدُ يَتَعَلَّقُ بِالْمُسَمَّى وَيَبْطُلُ بِإِعْدَامِهِ. وَإِذَا قَالَ بَعْتُكَ هَذِهِ الْجَارِيَةَ فَإِذَا هِيَ غُلَامٌ يَبْطُلُ الْبَيْعُ لِفَوَاتِ التَّسْمِيَةِ الَّتِي هِيَ أُبْلَغُ فِي التَّعْرِيفِ مِنَ الْإِشَارَةِ، فَإِنَّ التَّسْمِيَةَ لِبَيَانِ الْمَاهِيَةِ يَعْنِي مَوْصُوفًا بِصِفَةٍ، وَالْإِشَارَةَ لَتَّعْرِيفِ الذَّاتِ يَعْنِي مُجَرَّدًا عَنْ بَيَانِ صِفَةٍ، وَالْأُبْلَغُ فِي التَّعْرِيفِ أَقْوَى، وَإِنْ كَانَ مِمَّا يَكُونَانِ جِنْسًا وَاحِدًا فَالْعَقْدُ يَتَعَلَّقُ بِالْمُشَارِ إِلَيْهِ وَيَنْعَقِدُ لَوْجُودِهِ، لِأَنَّ الْعِبْرَةَ إِذْ ذَاكَ لِلْإِشَارَةِ لَا لِلتَّسْمِيَةِ، لِأَنَّ مَا سُمِّيَ وَجَدَ فِي الْمُشَارِ إِلَيْهِ فَصَارَ حَقُّ التَّسْمِيَةِ

مَقْضِيًّا بِالْمُشَارِ إِلَيْهِ، وَقَدْ ذَكَرْنَا تَمَامَ ذَلِكَ فِي كِتَابِ النِّكَاحِ فِي تَعْلِيمِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِذَا بَاعَ كَبْشًا فَإِذَا هُوَ نَعْجَةٌ صَحَّ الْبَيْعُ لَكِنَّهُ يَتَخَيَّرُ لِفَوَاتِ الْوَصْفِ الْمَرْغُوبِ، فَإِنَّهُ إِذَا خَرَجَ عَنْ كَوْنِهِ مُعَرَّفًا جُعِلَ لِلتَّرْغِيبِ حَذَرًا عَنِ الْإِلْغَاءِ فَصَارَ كَمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا عَلَى أَنَّهُ خَبَّازٌ فَإِذَا هُوَ كَاتِبٌ فَهُوَ بِالْخِيَارِ.

وَقَدْ يُشِيرُ كَلَامُ الْمُصَنِّفِ إِلَى ثُبُوتِ خِيَارِ الْمُشْتَرِي عِنْدَ فَوَاتِ الْوَصْفِ مِنْ غَيْرِ تَقْيِيدٍ بِكَوْنِهِ أَتَقَصَّ، لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ صِفَةَ الْخَبْزِ لَا تَرْتَبُ عَلَى الْكِتَابَةِ. وَقَدْ ذَكَرَ صَاحِبُ الْمَحِيطِ وَالْعَتَائِبِ كَذَلِكَ. وَقَالَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ وَأَخُوهُ صَدْرُ الْإِسْلَامِ وَالصَّدْرُ الشَّهِيدُ: إِنَّ لِلْمَوْجُودِ إِنْ كَانَ أَتَقَصَّ مِنَ الْمَشْرُوطِ الْفَائِتِ كَانَ لَهُ الْخِيَارُ، وَإِنْ كَانَ زَائِدًا فَهُوَ لِلْمُشْتَرِي.

وَنَصُّ الْكَرْخِيِّ عَلَى ذَلِكَ فِي مُخْتَصَرِهِ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَجْهٌ. أَمَّا الْأَوَّلُ فَلِأَنَّ الْمُشْتَرِي قَدْ يَكُونُ مُحْتَاجًا إِلَى خَبَّازٍ فَيُلْزَمُ الْكَاتِبُ يَتَضَرَّرُ فَلَا يَتِمُّ مِنْهُ الرِّضَا. وَأَمَّا الثَّانِي فَلَمَّا تَقَدَّمَ أَنَّ الْمُشْتَرِي إِذَا وَجَدَ الثُّوبَ الْمُسَمَّى عَشْرَةَ تِسْعَةً خَيْرٌ، وَإِنْ وَجَدَ أَحَدَ عَشَرَ فَهُوَ لَهُ بِلا خِيَارٍ.

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً بِأَلْفِ دِرْهَمٍ حَالَةً أَوْ نَسِيئَةً فَقَبَضَهَا ثُمَّ بَاعَهَا مِنَ الْبَائِعِ بِخَمْسِمِائَةٍ قَبْلَ أَنْ يَنْقُذَ الثَّمَنَ الْأَوَّلَ لَا يَجُوزُ الْبَيْعُ الثَّانِي) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَجُوزُ لِأَنَّ الْمَلِكَ قَدْ تَمَّ فِيهَا بِالْقَبْضِ فَصَارَ الْبَيْعُ مِنَ الْبَائِعِ وَمِنْ غَيْرِهِ سَوَاءً وَصَارَ كَمَا لَوْ بَاعَ بِمِثْلِ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ أَوْ بِالزِّيَادَةِ أَوْ بِالْعَرَضِ. وَلَنَا قَوْلُ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: لَتِلْكَ الْمَرَاةُ وَقَدْ بَاعَتْ بِسِتْمِائَةٍ بَعْدَمَا اشْتَرَتْ بِثَمَانِمِائَةٍ بِسَمَاءَ شَرِيتَ وَاشْتَرَيْتَ، أَبْلَغِي زَيْدَ بْنَ أَرْقَمَ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَبْطَلَ حَجَّهُ وَجِهَادَهُ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ إِنْ لَمْ يَتَّبَعْ^(١)؛ وَلِأَنَّ الثَّمَنَ لَمْ يَدْخُلْ فِي ضَمَانِهِ فَإِذَا وَصَلَ إِلَيْهِ الْمُبِيعُ وَوَقَعَتِ الْمَقَاصِدُ بَقِيَ لَهُ فَضْلُ خَمْسِمِائَةٍ وَذَلِكَ بِلا عَوْضٍ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ بِالْعَرَضِ لِأَنَّ الْفَضْلَ إِنَّمَا يَظْهَرُ عِنْدَ الْمَجَانَسَةِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً بِأَلْفِ دِرْهَمٍ مَنْ اشْتَرَى شَيْئًا بِأَلْفِ دِرْهَمٍ (حَالَةً أَوْ نَسِيئَةً فَقَبَضَهُ ثُمَّ بَاعَهُ مِنَ الْبَائِعِ بِخَمْسِمِائَةٍ قَبْلَ تَقْدِ الثَّمَنِ) فَالْبَيْعُ الثَّانِي فَاسِدٌ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ. هُوَ يَقُولُ: الْمَلِكُ قَدْ تَمَّ فِيهِ بِالْقَبْضِ وَالتَّصَرُّفِ فِيهِ جَائِزٌ مَعَ غَيْرِ الْبَائِعِ فَكَذَا

(١) أخرجه الدارقطني (٥٢/٣) رقم (٢١١)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٠٧٩٩).

مَعَهُ، وَصَارَ كَمَا لَوْ بَاعَ بِمِثْلِ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ أَوْ بِالزِّيَادَةِ عَلَى الثَّمَنِ الْأَوَّلِ أَوْ بِالْعَرَضِ وَقِيمَتُهُ أَقْلُ مِنَ الْأَلْفِ. وَحَاصِلُ ذَلِكَ أَنَّ شِرَاءَ مَا بَاعَ لَا يَخْلُو مِنْ أَوْجُهُ: إمَّا أَنْ يَكُونَ مِنَ الْمُشْتَرِي بِلَا وَاسِطَةٍ أَوْ بِوَاسِطَةٍ شَخْصٍ آخَرَ.

وَالثَّانِي جَائِزٌ بِالِاتِّفَاقِ مُطْلَقًا: أَعْنِي سَوَاءً اشْتَرَى بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ أَوْ بِالنَّقْصِ أَوْ بِأَكْثَرِ أَوْ بِالْعَرَضِ. وَالْأَوَّلُ إمَّا أَنْ يَكُونَ بِأَقْلٍ أَوْ بَعِيْرِهِ، وَالثَّانِي بِأَقْسَامِهِ جَائِزٌ بِالِاتِّفَاقِ. وَالْأَوَّلُ هُوَ الْمُخْتَلَفُ فِيهِ. فَالْشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ جَوَزَهُ قِيَاسًا عَلَى الْأَقْسَامِ الْبَاقِيَةِ، وَبِمَا إِذَا بَاعَ مِنْ غَيْرِ الْبَائِعِ فَإِنَّهُ جَائِزٌ أَيْضًا بِالِاتِّفَاقِ، وَتَحْنُ لَمْ تُجَوِّزْهُ بِالْأَثَرِ وَالْمَعْقُولِ.

أَمَّا الْأَثَرُ فَمَا قَالَ مُحَمَّدٌ: حَدَّثَنَا أَبُو حَنِيفَةَ يَرْفَعُهُ إِلَى عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: أَنَّ امْرَأَةً سَأَلَتْهَا فَقَالَتْ: إِنِّي اشْتَرَيْتُ مِنْ زَيْدِ بْنِ أَرْقَمَ جَارِيَةً بِثَمَانِمِائَةِ دِرْهَمٍ إِلَى الْعَطَاءِ ثُمَّ بَعْتَهَا مِنْهُ بِسِتِّمِائَةِ دِرْهَمٍ قَبْلَ مَحَلِّ الْأَجَلِ، فَقَالَتْ عَائِشَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: بِثَمَانِ شَرَيْتَ وَبِثَمَانِ اشْتَرَيْتَ، أُبَلِّغِي زَيْدَ بْنَ أَرْقَمَ أَنَّ اللَّهَ أَبْطَلَ حَجَّهَ وَجِهَادَهُ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ إِنْ لَمْ يَتَّبِ، فَأَتَاهَا زَيْدُ بْنُ أَرْقَمَ مُعْتَذِرًا، فَتَلَتْ عَلَيْهِ قَوْلَهُ تَعَالَى ﴿فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] وَوَجْهُ الاسْتِدْلَالِ أَنَّهَا جَعَلَتْ جَزَاءَ مُبَاشَرَةِ هَذَا الْعَقْدِ بُطْلَانَ الْحَجِّ وَالْجِهَادِ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَأَجْزِيَةُ الْأَفْعَالِ لَا تُعْلَمُ بِالرَّأْيِ فَكَانَ مَسْمُوعًا مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَالْعَقْدُ الصَّحِيحُ لَا يُجَازَى بِذَلِكَ فَكَانَ فَاسِدًا، وَأَنَّ زَيْدًا اعْتَذَرَ إِلَيْهَا وَهُوَ ذَلِيلٌ عَلَى كَوْنِهِ مَسْمُوعًا لِأَنَّ فِي الْمُجْتَهِدَاتِ كَانَ بَعْضُهُمْ يُخَالِفُ بَعْضًا وَمَا كَانَ أَحَدُهُمَا يَعْتَذِرُ إِلَى صَاحِبِهِ. وَفِيهِ بَحْثٌ لَجَوَازِ أَنْ يُقَالَ: إِلْحَاقُ الْوَعِيدِ لِكَوْنِ الْبَيْعِ إِلَى الْعَطَاءِ وَهُوَ أَجَلٌ مَجْهُولٌ.

وَالْجَوَابُ أَنَّهُ ثَبَتَ مِنْ مَذْهَبِهَا جَوَازُ الْبَيْعِ إِلَى الْعَطَاءِ وَهُوَ مَذْهَبُ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فَلَا يَكُونُ كَذَلِكَ، وَلَئِنْهَا كَرِهَتْ الْعَقْدَ الثَّانِيَّ حَيْثُ قَالَتْ: بِثَمَانِ مَا شَرَيْتُ مَعَ عَرَائِهِ عَنْ هَذَا الْمَعْنَى، فَلَا يَكُونُ لَذَلِكَ بَلْ لَأَنْهُمَا تَطَرُّقًا بِهِ إِلَى الثَّانِي. فَإِنْ قِيلَ: الْقَبْضُ غَيْرُ مَذْكُورٍ فِي الْحَدِيثِ فَيُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ الْوَعِيدُ لِلتَّصَرُّفِ فِي الْمَبِيعِ قَبْلَ قَبْضِهِ. أُجِيبَ بِأَنَّ تَلَاوُحَهَا آيَةَ الرَّبِّ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ لِلرَّبِّ لَا لَعَدَمِ الْقَبْضِ. فَإِنْ قِيلَ: الْوَعِيدُ قَدْ لَا يَسْتَلِزِمُ الْفَسَادَ كَمَا فِي تَفْرِيقِ الْوَلَدِ عَنِ الْوَالِدِ بِالْبَيْعِ فَإِنَّهُ جَائِزٌ مَعَ وُجُودِ الْوَعِيدِ. أُجِيبَ بِأَنَّ الْوَعِيدَ لَيْسَ لِلْبَيْعِ ثَمَّةٌ بَلْ لِنَفْسِ التَّفْرِيقِ، حَتَّى لَوْ فُرِّقَ بَدُونِ الْبَيْعِ كَانَ الْوَعِيدُ لَاحِقًا.

وَأَمَّا الثَّانِي فَهُوَ مَا قَالَ إِنَّ الثَّمَنَ لَمْ يَدْخُلْ فِي ضَمَانِ الْبَائِعِ لِعَدَمِ الْقَبْضِ، فَإِذَا وَصَلَ إِلَيْهِ الْمَبِيعُ وَوَقَعَتِ الْمَقَاصَةُ بَيْنَ الثَّمَنِ بَقِيَ لَهُ فَضْلُ خَمْسِمِائَةٍ بِلا عَوْضٍ وَهُوَ رَبًّا فَلَا يَجُوزُ بِخِلَافٍ مَا إِذَا بَاعَهُ مِنْ غَيْرِهِ لِأَنَّ الرَّبْحَ لَا يَحْصُلُ لِلْبَائِعِ، وَبِخِلَافٍ مَا إِذَا اشْتَرَاهُ الْبَائِعُ بِوَاسِطَةِ مُشْتَرٍ آخَرَ لِأَنَّهُ لَمْ يَعُدْ إِلَيْهِ الْمُسْتَفَادُ مِنْ جِهَتِهِ لِأَنَّ اخْتِلَافَ الْأَسْبَابِ بِمَنْزِلَةِ اخْتِلَافِ الْأَعْيَانِ، وَبِخِلَافٍ مَا إِذَا اشْتَرَى بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ لِعَدَمِ الرَّبَا، وَبِخِلَافٍ مَا إِذَا اشْتَرَى بِأَكْثَرِ فَإِنَّ الرَّبْحَ هُنَاكَ يَحْصُلُ لِلْمُشْتَرِي وَالْمَبِيعُ قَدْ دَخَلَ فِي ضَمَانِهِ، وَبِخِلَافٍ مَا إِذَا بَاعَ بِالْعَرُوضِ لِأَنَّ الْفَضْلَ إِنَّمَا يَظْهَرُ عِنْدَ الْمُجَاسَسَةِ، وَبِخِلَافٍ مَا إِذَا تَعَيَّبَ الْمَبِيعَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي ثُمَّ اشْتَرَاهُ الْبَائِعُ بِأَقْلٍ مِنَ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ لِأَنَّ التَّقْصَانَ يُجْعَلُ فِي مُقَابِلَةِ الْجُزْءِ الْفَائِتِ الَّذِي احْتَبَسَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي، وَبِخِلَافٍ مَا إِذَا اشْتَرَى بِدَنَانِيرَ قِيمَتِهَا أَقْلُ مِنَ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ قِيَاسًا، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ لِأَنَّ رَبًّا الْفَضْلَ لَا يَتَحَقَّقُ بَيْنَ الدَّرَاهِمِ وَالْدَنَانِيرِ، وَفِي الْاسْتِحْسَانِ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُمَا مِنْ حَيْثُ الثَّمَنِ كَالشَّيْءِ الْوَاحِدِ فَيُثَبَّتُ فِيهِ شُبْهَةُ الرَّبْحِ.

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً بِخَمْسِمِائَةٍ ثُمَّ بَاعَهَا وَآخَرَى مَعَهَا مِنَ الْبَائِعِ قَبْلَ أَنْ يَنْقُدَ الثَّمَنَ بِخَمْسِمِائَةٍ فَالْبَيْعُ جَائِزٌ فِي الَّتِي لَمْ يَشْتَرِهَا مِنَ الْبَائِعِ وَيَبْطُلُ فِي الْآخَرَى) لِأَنَّهُ لَا بُدَّ أَنْ يَجْعَلَ بَعْضَ الثَّمَنِ بِمُقَابِلَةِ الَّتِي لَمْ يَشْتَرِهَا مِنْهُ فَيَكُونُ مُشْتَرِيًا لِلْآخَرَى بِأَقْلٍ مِمَّا بَاعَ وَهُوَ فَاسِدٌ عِنْدَنَا، وَلَمْ يُوْجَدْ هَذَا الْمَعْنَى فِي صَاحِبَيْهَا وَلَا يَشِيعُ الْفَسَادُ لِأَنَّهُ ضَعِيفٌ فِيهَا لَكُونِهِ مُجْتَهَدًا فِيهِ أَوْ لِأَنَّهُ بِاعْتِبَارِ شُبْهَةِ الرَّبَا، أَوْ لِأَنَّهُ طَارِئٌ؛ لِأَنَّهُ يَظْهَرُ بِانْقِسَامِ الثَّمَنِ أَوْ الْمَقَاصَةِ فَلَا يَسْرِي إِلَى غَيْرِهَا.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً بِخَمْسِمِائَةٍ) هَذِهِ مِنْ فُرُوعِ الْمَسْأَلَةِ الْمُتَقَدِّمَةِ لِأَنَّهَا مَبْنِيَّةٌ عَلَى شِرَاءِ مَا بَاعَ بِأَقْلٍ مِمَّا بَاعَ قَبْلَ نَقْدِ الثَّمَنِ، وَلِهَذَا لَمْ يَجْزِ الْبَيْعُ فِي الَّتِي اشْتَرَاهَا مِنَ الْبَائِعِ، وَبَيَانُهُ مَا قَالَ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ أَنْ يَجْعَلَ بَعْضَ الثَّمَنِ بِمُقَابِلَةِ الَّتِي لَمْ يَشْتَرِهَا مِنْهُ فَيَكُونُ مُشْتَرِيًا لِلْآخَرَى بِأَقْلٍ مِمَّا بَاعَ، وَقَدْ تَقَدَّمَ فَسَادُهُ. وَتَوْقِظُ بِمَا إِذَا بَاعَهَا بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ فَإِنَّ الْبَيْعَ فَاسِدٌ.

ذَكَرَهَا فِي جَامِعِهَا الْعُلَمَاءُ فِي الْإِثْقَانِ شَمْسُ الْأُيُومِ وَفَخَرُ الْإِسْلَامِ، وَلَوْ كَانَ

الفساد في المسألة الموضوعية في الكتاب كما ذكرتم لما فسد البيع لأن عند القسمة يُصيب كل واحد منهما أكثر من خمسمائة فلا يجري فيه الأصل المذكور. أجيب بأن الفساد لتعدد جهات الجواز.

ويأينه أن لو جعلناه بإزاء ما باعها ألفاً جاز، وإن جعلنا ألفاً وجبة جاز وهلم جراً، وليس البعض بالحمل عليه أولى من بعض فامتنع الجواز، وفيه نظر لأن إضافة الفساد إلى تعدد جهات الجواز يشبه الفساد في الوضع فلا تكون صحيحة، على أنه معارض بأن تجعل الجارية التي لم يشتريها منه في مقابلة مائة ومائتين وثلاثمائة أو أقل أو أكثر فتعدد جهات الجواز. وليس البعض أولى، وبأن كل جهة تصلح أن تكون علة للجواز. فاعتبار الجهات في مقابلة جهة الجواز مريحة عليها ترجيحاً بكثرة الأدلة وهو لا يجوز على ما عرفت. والأولى أن يقال: جهات الجواز تقتضيه وجهات الفساد تقتضيه، والترجيح هنا للمفسد ترجيحاً للمحرم، ولا يسري الفساد منها إلى غير المشتراة لأن الفساد ضعيف فيها لأمر: إما لأنه مجتهد فيه بخلاف الشافعي المتقدم وفيه نظر، أما أولاً فلأن كونه مجتهداً فيه إن كان لخلاف الشافعي فلا يكاد يصح لأن خلاف الشافعي كان بعد وضع المسألة فكيف توضع المسألة بناءً على شيء لم يقع بعد، ولأن أبا حنيفة رحمه الله أبطل إسلام القوهية في القوهية والمروية مع أن فساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه، فإنه لو أسلم قوهياً في قوهي جاز عند الشافعي، ومع ذلك تعدى فساد ذلك إلى المقرين به وهو إسلام القوهي في المروي، وإما لأن الفساد في المشتراة باعتبار شبهة الربا، فلو اعتبرناها في التي ضمت إليها كان ذلك اعتباراً لشبهة الشبهة وهي غير معتبرة، ويأينه أن في المشتراة شبهة الربا أن في المسألة الأولى إنما لم يصح شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن لشبهة الربا، لأن الألف وإن وجب للبائع بالعقد الأول لكنها على شرف السقوط لاحتمال أن يجد المشتري بها عيباً فيردّها فيسقط الثمن عن المشتري وبالبائع الثاني يقع الأمن عنه فيصير البائع بالعقد الثاني مشترياً ألفاً بخمسمائة من هذا الوجه، والشبهة ملحقة بالحقيقة في باب الربا، وإما لأن الفساد طارئ لوجهين:

أحدهما: أنه قابل الثمن بالجارتين وهي مقابلة صحيحة، إذ لم يشترط فيها أن

يَكُونُ بِيَزَاءٍ مَا بَاعَهُ أَقْلُ مِنَ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ، لَكِنْ بَعْدَ ذَلِكَ انْقَسَمَ الثَّمَنُ عَلَى قِيمَتَيْهِمَا فَصَارَ الْبَعْضُ بِيَزَاءٍ مَا بَاعَ وَالْبَعْضُ بِيَزَاءٍ مَا لَمْ يُبْعَ فَفَسَدَ الْبَيْعُ فِيمَا بَاعَ.

وَلَا شَكَّ فِي كَوْنِهِ طَارِئًا فَلَا يَتَعَدَّى إِلَى الْأُخْرَى. وَلَا يُشْكَلُ بِمَا إِذَا جَمَعَ بَيْنَ عَبْدٍ وَمُدَبِّرٍ وَبَاعَهُمَا صَفَقَةً وَاحِدَةً فَإِنَّ الْمُسَدَّ مُقَارِنٌ لِأَنْ قَبُولُ كُلِّ مِنْهُمَا شَرْطُ لَصَحَّةِ الْعَقْدِ فِي الْآخِرِ، وَالْعَقْدُ جَائِزٌ فِي الْعَبْدِ لِأَنْ شَمْسَ الْأُيُومَةِ قَدْ قَالَ الْبَيْعُ فِي الْمُدَبِّرِ غَيْرُ فَاسِدٍ، وَلِهَذَا لَوْ أَجَارَ الْقَاضِي بَيْعَهُ جَازًا، وَلَكِنَّهُ غَيْرُ نَافِذٍ لِحَقِّ الْمُدَبِّرِ وَذَلِكَ لِمَعْنَى فِيهِ لَا فِي الْعَقْدِ فَلِهَذَا لَا يَتَعَدَّى إِلَى الْآخِرِ.

وَالثَّانِي: الْمُقَاصَّةُ فَإِنَّهُ لَمَّا بَاعَهَا بِالْفِ ثَمَّ اشْتَرَاهَا قَبْلَ تَقَدُّ الثَّمَنِ بِخَمْسِمِائَةٍ فَتَقَاصًا خَمْسِمِائَةٍ بِخَمْسِمِائَةٍ مِثْلَهَا بَقِيَ لِلْبَائِعِ خَمْسِمِائَةُ أُخْرَى مَعَ الْجَارِيَةِ، وَالْمُقَاصَّةُ تَقَعُ عَقِيبَ وَجُوبِ الثَّمَنِ عَلَى الْبَائِعِ بِالْعَقْدِ الثَّانِي فَيَفْسُدُ عِنْدَهَا وَذَلِكَ لَا شَكَّ فِي طَرْدِهِ فَلَا يَسْرِي إِلَى غَيْرِهَا.

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى زَيْتًا عَلَى أَنْ يَزِنَهُ بِظَرْفِهِ فَيَطْرَحَ عَنْهُ مَكَانَ كُلِّ ظَرْفٍ خَمْسِينَ رَطَلًا فَهُوَ فَاسِدٌ، وَلَوْ اشْتَرَى عَلَى أَنْ يَطْرَحَ عَنْهُ بِوِزْنِ الظَّرْفِ جَازًا؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ الْأَوَّلَ لَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ وَالثَّانِي يَقْتَضِيهِ. قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى سَمْنًا فِي زَقٍّ فَرَدَّ الظَّرْفَ وَهُوَ عَشْرَةُ أَرْطَالٍ) فَقَالَ الْبَائِعُ الزَّقُّ غَيْرُ هَذَا وَهُوَ خَمْسَةُ أَرْطَالٍ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي، لِأَنَّهُ إِنْ أُعْتِبِرَ اخْتِلَافًا فِي تَعْيِينِ الزَّقِّ الْمَقْبُوضِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْقَائِضِ ضَمِينًا كَانَ أَوْ أَمِينًا، وَإِنْ أُعْتِبِرَ اخْتِلَافًا فِي السَّمَنِ فَهُوَ فِي الْحَقِيقَةِ اخْتِلَافٌ فِي الثَّمَنِ فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُ يُنْكِرُ الزِّيَادَةَ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى زَيْتًا عَلَى أَنْ يَزِنَهُ بِظَرْفِهِ إلخ) اشْتَرَى زَيْتًا عَلَى أَنْ يَزِنَهُ وَيَطْرَحَ عَنْهُ مَكَانَ كُلِّ ظَرْفٍ خَمْسِينَ رَطَلًا فَهُوَ فَاسِدٌ، فَإِنَّهُ شَرْطٌ مَا لَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ، فَإِنَّ مُقْتَضَاهُ أَنْ يُطْرَحَ عَنْهُ دُونَ الظَّرْفِ مَا يُوجَدُ وَعَسَى يَكُونُ وَزْنُهُ أَقْلُ مِنْ ذَلِكَ أَوْ أَكْثَرُ فَشَرْطُ مِقْدَارٍ مُعَيَّنٍ مُخَالَفٌ لِمُقْتَضَاهُ، وَإِنْ اشْتَرَى عَلَى أَنْ يَزِنَ وَيَطْرَحَ عَنْهُ بِوِزْنِ الظَّرْفِ جَازًا لِكَوْنِهِ مُوَافِقًا لِمُقْتَضَاهُ. قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى سَمْنًا فِي زَقٍّ إلخ) وَمَنْ اشْتَرَى سَمْنًا فِي زَقٍّ وَرَدَّ الظَّرْفَ فَوُزِنَ فَجَاءَ عَشْرَةُ أَرْطَالٍ فَقَالَ الْبَائِعُ الزَّقُّ غَيْرُ هَذَا

وَهُوَ خَمْسَةُ أَرْطَالٍ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي، لِأَنَّ هَذَا الْاِخْتِلَافَ إِذَا أَنْ يُعْتَبَرَ فِي تَعْيِينِ الزَّقِّ الْمَقْبُوضِ أَوْ فِي مِقْدَارِ السَّمْنِ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَالْمُشْتَرِي قَابِضٌ (وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْقَابِضِ ضَمِينًا) كَانَ كَالْعَاصِبِ (أَوْ أَمِينًا) كَالْمُودِعِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَهُوَ فِي الْحَقِيقَةِ اِخْتِلَافٌ فِي الثَّمَنِ (فَيَكُونُ الْقَوْلُ لِلْمُشْتَرِي لِأَنَّهُ يُنْكَرُ الزِّيَادَةُ) وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُتَكْرِ مَعَ يَمِينِهِ. فَإِنْ قِيلَ: الْاِخْتِلَافُ فِي الثَّمَنِ يُوجِبُ التَّحَالُفَ فَمَا وَجْهُ الْعُدُولِ إِلَى الْحَلْفِ؟ أَجِيبَ بِأَنَّهُ يُوجِبُهُ إِذَا كَانَ قَصْدًا وَهَذَا ضَمْنِيٌّ لَوْ قُوعِهِ فِي ضَمْنِ الْاِخْتِلَافِ فِي الزَّقِّ. وَالْفَقْهُ فِيهِ أَنَّ الْاِخْتِلَافَ الْاِبْتِدَائِيَّ فِي الثَّمَنِ إِنَّمَا يُوجِبُ التَّحَالُفَ ضَرُورَةً أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُدْعٍ عَقْدًا آخَرَ، وَأَمَّا الْاِخْتِلَافُ بِنَاءً عَلَى اِخْتِلَافِهِمَا فِي الزَّقِّ فَلَا يُوجِبُ اِخْتِلَافَهُمَا فِي الْعَقْدِ فَلَا يُوجِبُهُ.

قَالَ: (وَإِذَا أَمَرَ الْمُسْلِمُ نَصْرَانِيًّا بِبَيْعِ خَمْرٍ أَوْ شِرَائِهَا فَفَعَلَ جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَ لَا يَجُوزُ: عَلَى الْمُسْلِمِ) وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ الْخَنْزِيرُ، وَعَلَى هَذَا تَوْكِيلُ الْمُحْرَمِ غَيْرَهُ بِبَيْعِ صَيْدِهِ. لُهُمَا أَنَّ الْمُوَكَّلَ لَا يَلِيهِ فَلَا يُؤْلِيهِ غَيْرُهُ؛ وَلِأَنَّ مَا يَثْبُتُ لِلْوَكِيلِ يَنْتَقِلُ إِلَى الْمُوَكَّلِ فَصَارَ كَأَنَّهُ بَاشَرَهُ بِنَفْسِهِ فَلَا يَجُوزُ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْعَاقِدَ هُوَ الْوَكِيلُ بِأَهْلِيَّتِهِ وَوَلَايَتِهِ، وَانْتَقَالَ الْمَلِكُ إِلَى الْأَمْرِ أَمْرٌ حُكْمِيٌّ فَلَا يَمْتَنِعُ بِسَبَبِ الْإِسْلَامِ كَمَا إِذَا وَرِثَهُمَا، ثُمَّ إِنْ كَانَ خَمْرًا يُخْلَلُهَا وَإِنْ كَانَ خِنْزِيرًا يُسَيِّبُهُ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا أَمَرَ الْمُسْلِمُ نَصْرَانِيًّا بِبَيْعِ خَمْرٍ أَوْ شِرَائِهَا فَفَعَلَ جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلَافًا لَهُمَا) وَحُكْمُ التَّوَكُّلِ فِي الْخِنْزِيرِ وَتَوْكِيلُ الْمُحْرَمِ حَلَالًا بِبَيْعِ صَيْدِهِ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ قَالَا: الْمُوَكَّلُ لَا يَلِي هَذَا التَّصَرُّفَ فَلَا يُؤْلِي غَيْرُهُ كَتَوْكِيلِ الْمُسْلِمِ مَجُوسِيًّا بِتَزْوِيجِ مَجُوسِيَّةٍ.

وَلِأَنَّ مَا يَثْبُتُ لِلْوَكِيلِ يَنْتَقِلُ إِلَى الْمُوَكَّلِ فَصَارَ كَأَنَّهُ بَاشَرَهُ بِنَفْسِهِ، وَلَوْ بَاشَرَهُ بِنَفْسِهِ لَمْ يَجْزُ فَكَذَا التَّوَكُّلُ بِهِ. وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: الْمُعْتَبَرُ فِي هَذَا الْبَابِ أَهْلِيَّتَانِ: أَهْلِيَّةُ الْوَكِيلِ وَأَهْلِيَّةُ الْمُوَكَّلِ، فَالْأُولَى أَهْلِيَّةُ الْعَاقِدِ وَهِيَ أَهْلِيَّةُ التَّصَرُّفِ فِي الْمَأْمُورِ بِهِ وَلِلنَّصْرَانِيِّ ذَلِكَ، وَالثَّانِيَةُ أَهْلِيَّةُ ثُبُوتِ الْحُكْمِ لَهُ وَلِلْمُوَكَّلِ ذَلِكَ حُكْمًا لِلْعَقْدِ لِقَوْلِهِ لَا يَلْزَمُ انْفِكَائُ الْمَلْزُومِ عَنِ الْاِلْزَامِ، أَلَا تَرَى إِلَى صِحَّةِ ثُبُوتِ مِلْكِ الْخَمْرِ لِلْمُسْلِمِ إِرْنَا إِذَا أَسْلَمَ

مُورَثُهُ النَّصْرَانِيُّ وَمَاتَ عَنْ خَمْرٍ وَخَنْزِيرٍ.

لَا يُقَالُ: الْوَارِثَةُ أَمْرٌ جَبْرِيٌّ وَالتَّوَكُّلُ اخْتِيَارِيٌّ فَأَلْفِي يَتَشَابَهُانِ، لِأَنَّ ثُبُوتَ الْحُكْمِ: أَعْنِي الْمَلِكَ لِلْمُوكَّلِ بَعْدَ تَحَقُّقِ الْعِلَةِ: أَعْنِي مُبَاشَرَةَ الْوَكِيلِ جَبْرِيٌّ كَذَلِكَ تَثْبُتُ بِدُونِ اخْتِيَارِهِ كَمَا فِي الْمَوْتِ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْمَأْذُونَ لَهُ النَّصْرَانِيُّ إِذَا اشْتَرَى خَمْرًا يَثْبُتُ الْمَلِكُ فِيهَا لِمَوْلَاهُ الْمُسْلِمِ بِالْإِتْفَاقِ، وَإِذَا ثَبَّتَ الْأَهْلِيَّتَانِ لَمْ يَمْتَنِعِ الْعَقْدُ بِسَبَبِ الْإِسْلَامِ لِأَنَّهُ جَالِبٌ لَا سَالِبٌ، ثُمَّ الْمُوكَّلُ بِهِ إِنْ كَانَ خَمْرًا خَلَلَهَا، وَإِنْ كَانَ خَنْزِيرًا سَيِّئُهُ، لَكِنْ قَالُوا: هَذِهِ الْوَكَالَةُ مَكْرُوهَةٌ أَشَدَّ كَرَاهَةً، وَقَوْلُهُمَا الْمُوكَّلُ لَا يَلِيهِ فَلَا يُؤْلِيهِ غَيْرُهُ مَنَقُوضٌ بِالْوَكِيلِ بِشِرَاءِ عَبْدٍ بَعِيْنِهِ إِذَا وَكَّلَ آخَرَ بِشِرَائِهِ لِنَفْسِهِ فَإِنَّهُ يَثْبُتُ الْمَلِكُ لِلْوَكِيلِ الْأَوَّلِ وَهُوَ بِنَفْسِهِ لَا يَلِي الشِّرَاءَ لِنَفْسِهِ وَبِالْقَاضِي إِذَا أَمَرَ ذِمِّيًّا بِبَيْعِ خَمْرٍ أَوْ خَنْزِيرٍ خَلَفَهُ ذِمِّيٌّ آخَرُ وَهُوَ لَا يَلِي التَّصَرُّفَ بِنَفْسِهِ، وَبِالذِّمِّيِّ إِذَا أَوْصَى مُسْلِمٌ وَقَدْ تَرَكَهُمَا فَإِنَّ الْوَصِيَّ يُوكَّلُ ذِمِّيًّا بِالْبَيْعِ وَالْقِسْمَةِ وَهُوَ لَا يَلِي ذَلِكَ بِنَفْسِهِ.

وَالْقِيَاسُ عَلَى تَرْوِيجِ الْمُجُوسِيِّ مَذْفُوعٌ، فَإِنَّ حُقُوقَ الْعَقْدِ فِي النِّكَاحِ تَرْجِعُ إِلَى الْمُوكَّلِ وَالْوَكِيلُ سَفِيرٌ لَا غَيْرُ.

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا عَلَى أَنْ يُعْتِقَهُ الْمُشْتَرِي أَوْ يُدَبِّرَهُ أَوْ يُكَاتِبَهُ أَوْ أَمَةً عَلَى أَنْ يَسْتَوْلِدَهَا فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ)؛ لِأَنَّ هَذَا بَيْعٌ وَشَرْطٌ وَقَدْ نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ^(١). ثُمَّ جُمِلَتْ الْمَذْهَبُ فِيهِ أَنْ يُقَالَ: كُلُّ شَرْطٍ يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ كَشَرْطِ الْمَلِكِ لِلْمُشْتَرِي لَا يُفْسِدُ الْعَقْدَ لثُبُوتِهِ بِدُونِ الشَّرْطِ، وَكُلُّ شَرْطٍ لَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ وَفِيهِ مَنَفْعَةٌ لِأَحَدِ الْمُتَعَاقِدِينَ أَوْ لِلْمَعْقُودِ عَلَيْهِ وَهُوَ مِنْ أَهْلِ الْإِسْتِحْقَاقِ يُفْسِدُهُ كَشَرْطِ أَنْ لَا يَبِيعَ الْمُشْتَرِي الْعَبْدَ الْمُبِيعَ؛ لِأَنَّ فِيهِ زِيَادَةً عَارِيَةً عَنِ الْعَوَضِ فَيُؤَدِّي إِلَى الرِّبَا، أَوْ؛ لِأَنَّهُ يَقَعُ بِسَبَبِهِ الْمُنَازَعَةُ فَيَعْرِى الْعَقْدُ عَنْ مَقْصُودِهِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مُتَعَارَفًا؛ لِأَنَّ الْعُرْفَ قَاضٍ عَلَى الْقِيَاسِ، وَلَوْ كَانَ لَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ وَلَا مَنَفْعَةٌ فِيهِ لِأَحَدٍ لَا يُفْسِدُهُ وَهُوَ الظَّاهِرُ مِنَ الْمَذْهَبِ كَشَرْطِ أَنْ لَا يَبِيعَ الْمُشْتَرِي الدَّائِمَةَ الْمُبِيعَةَ لِأَنَّهُ انْعَدَمَتِ الْمَطْلَبَةُ فَلَا يُؤَدِّي إِلَى الرِّبَا، وَلَا إِلَى الْمُنَازَعَةِ. إِذَا ثَبَّتَ هَذَا فَنَقُولُ: إِنَّ هَذِهِ الشَّرُوطَ لَا يَقْتَضِيهَا الْعَقْدُ؛ لِأَنَّ قَضِيَّتَهُ الْإِطْلَاقُ فِي التَّصَرُّفِ وَالْتَّخْيِيرُ لَا الْإِلْزَامَ حَتْمًا، وَالشَّرْطُ يَقْتَضِي ذَلِكَ وَفِيهِ مَنَفْعَةٌ لِلْمَعْقُودِ

(١) أخرجه أبو داود (٣٤٠٤)، والنسائي (٤٣١٦)، والترمذي (١٢٣٤).

عَلَيْهِ، وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَإِنْ كَانَ يُخَالِفُنَا فِي الْعِتْقِ وَيَقْيِسُهُ عَلَى بَيْعِ الْعَبْدِ نَسَمَتْ
فَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا ذَكَرْنَاهُ، وَتَفْسِيرُ الْمُبِيعِ نَسَمَتْ أَنْ يُبَاعَ مِمَّنْ يَعْلَمُ أَنَّهُ يُعْتَقُّ لَا أَنْ
يَشْتَرِطَ فِيهِ، فَلَوْ أَعْتَقَهُ الْمُشْتَرِي بَعْدَ مَا اشْتَرَاهُ بِشَرْطِ الْعِتْقِ صَحَّ الْبَيْعُ حَتَّى يَجِبَ عَلَيْهِ
الثَّمَنُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَا: يَبْقَى فَاسِدًا حَتَّى يَجِبَ عَلَيْهِ الْقِيَمَةُ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ
قَدْ وَقَعَ فَاسِدًا فَلَا يَنْقَلِبُ جَائِزًا كَمَا إِذَا تَلَفَ بِوَجْهِ آخَرَ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ
شَرْطَ الْعِتْقِ مِنْ حَيْثُ ذَاتِهِ لَا يُلَاقِمُ الْعَقْدَ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ، وَلَكِنْ مِنْ حَيْثُ حُكْمِهِ
يُلَاقِمُهُ؛ لِأَنَّهُ مِنْهُ لِلْمَلِكِ وَالشَّيْءُ بِانْتِهَائِهِ يَنْقَرُّ، وَلِهَذَا لَا يَمْنَعُ الْعِتْقُ الرُّجُوعَ بِتُقْصَانِ
الْعَيْبِ، فَإِذَا تَلَفَ مِنْ وَجْهِ آخَرَ لَمْ تَتَحَقَّقِ الْمَلَاءَمَةُ فَيَنْقَرُّ الْفَسَادُ، وَإِذَا وَجِدَ الْعِتْقُ
تَحَقَّقَتِ الْمَلَاءَمَةُ فَيَرْجِعُ جَانِبُ الْجَوَازِ فَكَانَ الْحَالُ قَبْلَ ذَلِكَ مَوْفُوفًا. قَالَ (وَكَذَلِكَ لَوْ بَاعَ
عَبْدًا عَلَى أَنْ يَسْتَحْدِمَهُ الْبَائِعُ شَهْرًا أَوْ دَارًا عَلَى أَنْ يَسْكُنَهَا أَوْ عَلَى أَنْ يُقْرِضَهُ الْمُشْتَرِي
دِرْهَمًا أَوْ عَلَى أَنْ يُهْدِيَ لَهُ هَدِيَّةً)؛ لِأَنَّهُ شَرْطٌ لَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ وَفِيهِ مَنَفْعَةٌ لِأَحَدٍ
الْمُتَعَاقِدِينَ؛ وَلِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنِ بَيْعِ وَسَلْفٍ؛ وَلِأَنَّهُ لَوْ كَانَ الْخِدْمَةُ
وَالسُّكْنَى يُقَابِلُهُمَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ يَكُونُ إِجَارَةً فِي بَيْعٍ، وَلَوْ كَانَ لَا يُقَابِلُهُمَا يَكُونُ إِعَارَةً
فِي بَيْعٍ. «وَقَدْ نَهَى النَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَنْ صَفَقَتَيْنِ فِي صَفَقَةٍ».

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا عَلَى أَنْ يُعْتَقَهُ الْمُشْتَرِي) شَرَعَ فِي بَيَانِ الْفَسَادِ الْوَاقِعِ فِي
الْعَقْدِ بِسَبَبِ الشَّرْطِ وَذَكَرَ أَصْلًا جَامِعًا لَفُرُوعِ أَصْحَابِنَا. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الشَّرْطَ يَنْقَسِمُ أَوَّلًا
إِلَى مَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ وَهُوَ الَّذِي يُفِيدُ مَا يَثْبُتُ بِمُطْلَقِ الْعَقْدِ كَشَرْطِ الْمَلِكِ لِلْمُشْتَرِي
وَشَرْطِ تَسْلِيمِ الثَّمَنِ أَوْ الْمُبِيعِ، وَإِلَى مَا لَا يَقْتَضِيهِ وَهُوَ مَا كَانَ بِخِلَافِ ذَلِكَ، وَهَذَا
يَنْقَسِمُ إِلَى مَا كَانَ مُتَعَارَفًا وَإِلَى مَا لَيْسَ كَذَلِكَ، وَهَذَا يَنْقَسِمُ إِلَى مَا فِيهِ مَنَفْعَةٌ لِأَحَدٍ
الْمُتَعَاقِدِينَ وَإِلَى مَا لَيْسَ فِيهِ ذَلِكَ، وَهَذَا يَنْقَسِمُ إِلَى مَا فِيهِ مَنَفْعَةٌ لِلْمَعْقُودِ عَلَيْهِ وَهُوَ مِنْ
أَهْلِ الْاسْتِحْقَاقِ وَإِلَى مَا هُوَ بِخِلَافِهِ، فَفِي الْقِسْمِ الْأَوَّلِ جَازُ الْبَيْعِ وَالشَّرْطُ يَزِيدُهُ وَكَادَةً.
لَا يُقَالُ: نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ وَهُوَ بِإِطْلَاقِهِ يَقْتَضِي عَدَمَ جَوَازِهِ لِأَنَّهُ فِي
الْحَقِيقَةِ لَيْسَ بِشَرْطٍ حَيْثُ أَفَادَ مَا أَفَادَهُ الْعَقْدُ الْمُطْلَقُ. وَفِي الْأَوَّلِ مِنَ الْقِسْمِ الثَّانِي وَهُوَ مَا
كَانَ مُتَعَارَفًا كَبَيْعِ النَّعْلِ مَعَ شَرْطِ التَّشْرِيكِ كَذَلِكَ، لِأَنَّ الثَّابِتَ بِالْعُرْفِ قَاضٍ عَلَى الْقِيَاسِ.
لَا يُقَالُ: فَسَادُ الْبَيْعِ شَرْطٌ ثَابِتٌ بِالْحَدِيثِ وَالْعُرْفِ لَيْسَ بِقَاضٍ عَلَيْهِ، لِأَنَّهُ

مَعْلُولٌ بِوُقُوعِ النَّزَاعِ الْمَخْرَجِ لِلْعَقْدِ عَنِ الْمَقْصُودِ بِهِ وَهُوَ قَطْعُ الْمَنَازَعَةِ وَالْعُرْفُ يَنْفِي
النَّزَاعَ فَكَانَ مُوَافِقًا لِمَعْنَى الْحَدِيثِ، فَلَمْ يَنْقُ مِنَ الْمَوَانِعِ إِلَّا الْقِيَاسُ عَلَى مَا لَا عُرْفَ فِيهِ
بِجَمَاعٍ كَوْنِهِ شَرْطًا، وَالْعُرْفُ قَاضٍ عَلَيْهِ، وَفِيمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ مُتَعَارَفًا وَفِيهِ مَنَفْعَةٌ لِأَحَدِ
الْمُتَعَاقِدَيْنِ كَبَيْعِ عَبْدٍ بِشَرْطِ اسْتِخْدَامِ الْبَائِعِ مُدَّةً يَكُونُ الْعَقْدُ فَاسِدًا لَوْجْهَيْنِ لِأَنَّ فِيهِ
زِيَادَةٌ عَارِيَّةٌ عَنِ الْعَوَضِ، لِأَنَّهُمَا لَمَّا قَصَدَا الْمُقَابَلَةَ بَيْنَ الْمَبِيعِ وَالثَّمَنِ خَلَا الشَّرْطُ عَنْ
الْعَوَضِ وَهُوَ الرَّبَا. لَا يُقَالُ: لَا تُطْلَقُ الزِّيَادَةُ إِلَّا عَلَى الْمُجَانِسِ لِلْمَزِيدِ عَلَيْهِ وَالْمَشْرُوطُ
مَنَفْعَةٌ فَكَيْفَ يَكُونُ رَبَاً لِأَنَّهُ مَالٌ جَازٍ أَخَذَ الْعَوَضُ عَلَيْهِ وَلَمْ يُعَوَّضْ عَنْهُ بِشَيْءٍ فَكَانَ
رَبَاً، وَلِأَنَّهُ يَقَعُ بِسَبَبِهِ الْمَنَازَعَةُ فِي مَقْصُودِهِ فَيَعْرِى الْعَقْدُ عَنْ مَقْصُودِهِ مِنْ قَطْعِ النَّزَاعِ لَمَّا
عُرِفَ فِي بَيَانِ أَسْبَابِ الشَّرَائِعِ وَفِيمَا إِذَا كَانَ فِيهِ مَنَفْعَةٌ لِلْمَعْقُودِ عَلَيْهِ كَشَرْطِ أَنْ لَا
يَبِيعَ الْمُشْتَرِي الْعَبْدَ الْمَبِيعَ، فَإِنَّ الْعَبْدَ يُعْجَبُ أَنْ لَا تَتَدَاوَلَ الْأَيْدِي وَتَمَامُ الْعَقْدِ بِالْمَعْقُودِ
عَلَيْهِ، حَتَّى لَوْ زَعَمَ أَنَّهُ حُرٌّ كَانَ الْبَيْعُ بَاطِلًا فَاشْتَرَا مَنَفْعَتَهُ كَاشْتَرَا مَنَفْعَةَ أَحَدِ
الْمُتَعَاقِدَيْنِ فَهُوَ فَاسِدٌ بِالْوَجْهَيْنِ، وَفِيمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ مَنَفْعَةٌ لِأَحَدٍ فَالْبَيْعُ صَحِيحٌ
وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ، كَشَرْطِ أَنْ لَا يَبِيعَ الدَّائِبَةُ الْمَبِيعَةَ لِأَنَّهُ لَا مُطَالَبَ لَهُ بِهَذَا الشَّرْطِ فَلَا
يُؤَدِّي إِلَى الرَّبَا وَلَا إِلَى الْمَنَازَعَةِ، فَكَانَ الشَّرْطُ لَعْوًا وَهُوَ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ.

وَفِي رِوَايَةٍ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَنْطَلُ الْبَيْعُ بِهِ، نَصٌّ عَلَيْهِ فِي آخِرِ الْمَزَارَعَةِ لِتَضَرُّرِ
الْمُشْتَرِي بِهِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَتَعَذَّرُ عَلَيْهِ التَّصَرُّفُ فِي مِلْكِهِ، وَالشَّرْطُ الَّذِي فِيهِ ضَرَرٌ
كَالشَّرْطِ الَّذِي فِيهِ مَنَفْعَةٌ لِأَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ. وَالْجَوَابُ أَنَّ الْمُعْتَبَرَ الْمَطَالِبَةَ وَهِيَ تَتَوَجَّهُ
بِالْمَنَفْعَةِ فِي الشَّرْطِ دُونَ الضَّرَرِ. وَإِذَا ثَبَتَ هَذَا ظَهَرَ أَنَّ بَيْعَ الْعَبْدِ بِشَرْطِ أَنْ يُعْتَقَهُ
الْمُشْتَرِي أَوْ يُدْبَرَهُ أَوْ يُكَاتَبَهُ أَوْ أَمَةٌ عَلَى أَنْ يَسْتَوْلِدَهَا الْمُشْتَرِي فَاسِدٌ لِأَنَّهَا شُرُوطٌ لَا
يَقْتَضِيهَا الْعَقْدُ وَفِيهَا مَنَفْعَةٌ لِلْمَعْقُودِ عَلَيْهِ، لِأَنَّ قَضِيَّتَهُ الْإِطْلَاقُ فِي التَّصَرُّفِ وَالتَّخْيِيرُ لَا
الْإِلْزَامَ، وَالشَّرْطُ يَقْتَضِي الْإِلْزَامَ حَقًّا، وَالْمُنَافَاةُ بَيْنَهُمَا ظَاهِرَةٌ وَلَيْسَ أَحَدُهُمَا مِنَ الْعَقْدِ
وَالشَّرْطِ أَوَّلَى بِالْعَمَلِ مِنَ الْآخَرِ فَعَمَلُنَا بِهِمَا، وَقُلْنَا إِنَّهُ فَاسِدٌ وَالْفَاسِدُ مَا يَكُونُ مَشْرُوعًا
بِأَصْلِهِ غَيْرَ مَشْرُوعٍ بِوَصْفِهِ فَبِالنَّظَرِ إِلَى وُجُودِ رُكْنِ الْعَقْدِ كَانَ مَشْرُوعًا، وَبِالنَّظَرِ إِلَى
عُرُوضِ الشَّرْطِ كَانَ غَيْرَ مَشْرُوعٍ فَكَانَ فَاسِدًا.

وَلَا خِلَافَ فِي هَذِهِ الْجُمْلَةِ بَيْنَنَا وَبَيْنَ الشَّافِعِيِّ إِلَّا فِي الْبَيْعِ بِشَرْطِ الْعِتْقِ فِي قَوْلِ

فَإِنَّهُ يُجَوِّزُهُ وَيَقِيسُهُ عَلَى بَيْعِ الْعَبْدِ نَسَمَةً، وَفَسَّرَهُ فِي الْمَبْسُوطِ بِالْبَيْعِ بِشَرْطِ الْعِتْقِ، وَفَسَّرَهُ الْمُصَنِّفُ بِأَنْ يُبَاعَ مِمَّنْ يُعْلَمُ أَنَّهُ يُعْتَقُهُ لَا أَنْ يَشْتَرِطَ فِيهِ، فَإِنْ كَانَ تَفْسِيرُهُ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ مَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ صَحَّ قَوْلُهُ يَقِيسُهُ لَأَنَّهُمَا غَيْرَانِ فَيَصِحُّ قِيَاسُ أَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ إِنْ ظَهَرَ جَامِعٌ، وَإِنْ كَانَ تَفْسِيرُهُ عِنْدَهُ مَا ذَكَرَهُ فِي الْمَبْسُوطِ فَلَا بُدَّ أَنْ يُفَسَّرَ قَوْلُ الْمُصَنِّفِ يَقِيسُهُ بِإِلْحَافِهِ بِدَلَالَةِ النَّصِّ لَثَلَا يَلْزَمُ قِيَاسُ الشَّيْءِ عَلَى نَفْسِهِ.

وَيَبَيِّنُ الْإِلْحَافَ بِالْأَلْفَاظِ أَنَّ بَيْعَ الْعَبْدِ نَسَمَةً عَلَى ذَلِكَ التَّفْسِيرِ ثَبَتَ بِحَدِيثِ بَرِيرَةَ، إِذْ جَاءَتْ إِلَى عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا تَسْتَعِينُهَا فِي الْمَكَاتِبَةِ فَقَالَتْ: إِنْ شِئْتُ عَدَدَهَا لِأَهْلِكَ وَأَعْتَقْتُكَ، فَرَضِيَتْ بِذَلِكَ فَاشْتَرَاهَا وَأَعْتَقَهَا. وَإِنَّمَا اشْتَرَتْهَا بِشَرْطِ الْعِتْقِ وَقَدْ أَجَازَ ذَلِكَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، وَغَيْرُهَا فِي مَعْنَاهَا فِي هَذَا الشَّرْطِ فَالْحَقُّ بِهِ دَلَالَةٌ وَإِنَّمَا عَبَّرَ الْمُصَنِّفُ عَنِ الدَّلَالَةِ بِالْقِيَاسِ لَأَنَّهَا عِنْدَ الشَّافِعِيِّ قِيَاسٌ جَلِيٌّ عَلَى مَا عُرِفَ فِي الْأُصُولِ، وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا ذَكَرْنَاهُ مِنَ الْحَدِيثِ وَالْمَقُولِ. فَالْحَدِيثُ «نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ بَيْعِ وَشَرْطِ». رَوَاهُ أَبُو حَنِيفَةَ عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ.

وَالْمَقُولُ مَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ وَقُوعِ الْمُنَازَعَةِ بِسَبَبِ ذَلِكَ الشَّرْطِ وَكَوْنِهِ مُخَالَفًا لِمُقْتَضَى الْعَقْدِ. وَالْجَوَابُ عَنْ حَدِيثِ بَرِيرَةَ أَنَّ تَفْسِيرَ النَّسَمَةِ مَا ذَكَرْنَاهُ وَلَيْسَ فِيهِ اشْتِرَاطُ الْعِتْقِ فِي الْعَقْدِ. وَعَائِشَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا اشْتَرَتْ بَرِيرَةَ مُطْلَقًا وَوَعَدَتْ لَهَا أَنْ تُعْتَقَهَا لِتَرْضَى بِذَلِكَ، فَإِنَّ بَيْعَ الْمَكَاتِبَةِ لَا يُجَوِّزُ بِدُونِ رِضَاهَا. النَّسَمَةُ مِنْ نَسِيمِ الرِّيحِ، وَسُمِّيَتْ بِهَا النَّفْسُ، وَانْتَصَابُ قَوْلِهِ نَسَمَةً عَلَى الْحَالِ عَلَى مَعْنَى مُعْرَضًا لِلْعِتْقِ.

وَإِنَّمَا صَحَّ هَذَا لِأَنَّهُ لَمَّا كَثُرَ ذِكْرُهَا فِي بَابِ الْعِتْقِ خُصُوصًا فِي قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «فَكَ رَقَبَةً وَأَعْتَقَ نَسَمَةً» صَارَتْ كَأَنَّهَا اسْمٌ لِمَا هُوَ بَعْضُ الْعِتْقِ فَعُومِلَتْ مُعَامَلَةً الْأَسْمَاءِ الْمُتَضَمِّنَةِ لِمَعْنَى الْأَفْعَالِ. كَذَا فِي الْمَغْرِبِ. فَإِنْ وَفَى بِالشَّرْطِ وَأَعْتَقَ بَعْدَهَا اشْتَرَاهُ صَحَّ الْبَيْعُ وَيَجِبُ الثَّمَنُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: يَبْقَى فَاسِدًا كَمَا كَانَ فَوَجَبَتْ عَلَيْهِ الْقِيَمَةُ لِأَنَّ الْبَيْعَ قَدْ وَقَعَ فَاسِدًا فَلَا يَنْقَلِبُ جَائِزًا. كَمَا إِذَا تَلَفَ بَوَاجِهُ آخَرَ كَالْقَتْلِ وَالْمَوْتِ وَالْبَيْعِ، وَكَمَا إِذَا بَاعَ بِشَرْطِ التَّذْيِيرِ وَالِاسْتِيلَادِ وَالْكِتَابَةِ وَقَدْ وَفَى الْمُشْتَرِي بِمَا شَرَطَ أَوْ لَمْ يَفِ فَإِنَّهُ مَضمُونٌ بِالْقِيَمَةِ اعْتِبَارًا لِحَقِيقَةِ الْحُرِّيَةِ بِحَقِّ الْحُرِّيَةِ (وَلَا بِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ شَرْطَ الْعِتْقِ مِنْ حَيْثُ ذَاتُهُ لَا يُلَاقِ الْعَقْدَ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ) مِنْ تَقْيِيدِ

التَّصَرُّفُ بِهِ الْمُغَايِرَ لِلِإِطْلَاقِ (وَلَكِنْ مِنْ حَيْثُ حُكْمُهُ يُلَاعَمُهُ لِأَنَّهُ مِنْهُ لِلْمَلِكِ وَالْمُنْهِي لِلشَّيْءِ مُقَرَّرٌ لَهُ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْعِنَقَ لَا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ) فَبِالنَّظَرِ إِلَى الْجِهَتَيْنِ تَوَقَّفَتْ الْحَالُ بَيْنَ بَقَائِهِ فَاسِدًا كَمَا كَانَ وَيَبْنَى أَنْ يَنْقَلِبَ جَائِزًا بِوُجُودِ الشَّرْطِ (فَإِذَا وَجَدَ فَقَدْ تَحَقَّقَتْ الْمُلَاءَمَةُ فَيَرْجِعُ جَانِبُ الْجَوَازِ) عَمَلًا بِالذَّلِيلَيْنِ. وَتَأْمَلْ حَقَّ التَّأْمَلِ تَخْلُصُ مِنْ وَرْطَةِ شُبْهَةٍ لَا تَكَادُ تَنْحَلُّ، وَهِيَ أَنَّ هَذَا الشَّرْطَ فِي نَفْسِهِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ فَاسِدًا أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَتَحْقِيقُهُ يُقَرَّرُ الْفَسَادُ لثَلَا يَلْزَمَ فِسَادُ الْوَضْعِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي كَانَ الْعَقْدُ بِهِ فِي الْإِبْتِدَاءِ جَائِزًا، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ فَاسِدٌ مِنْ حَيْثُ الذَّاتُ وَالصُّورَةُ لِعَدَمِ الْمُلَاءَمَةِ جَائِزٍ مِنْ حَيْثُ الْحُكْمُ، فَقُلْنَا بِالْفَسَادِ فِي الْإِبْتِدَاءِ عَمَلًا بِالذَّاتِ وَالصُّورَةِ.

وَبِالْجَوَازِ عِنْدَ الْوَفَاءِ عَمَلًا بِالْحُكْمِ وَالْمَعْنَى، وَلَمْ نَعْكُسْ لِأَنَّا لَمْ نَجِدْ جَائِزًا يَنْقَلِبُ فَاسِدًا وَوَجَدْنَا فَاسِدًا يَنْقَلِبُ جَائِزًا كَالْبَيْعِ بِالرَّقْمِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أُلْفَهُ بِوَجْهِ آخَرَ فَإِنَّهُ لَمْ يَنْقَلِبْ جَائِزًا لِعَدَمِ تَحَقُّقِ الشَّرْطِ وَالْكَلَامِ فِيهِ فَتَقَرَّرَ الْفَسَادُ. وَبِخِلَافِ التَّنْذِيرِ وَالِاسْتِيلَادِ وَالْكِتَابَةِ. فَإِنَّ الْمَلِكَ لَا يَنْتَهِي بِهَا بِبَقْيَيْنِ لِحْتِمَالِ الْقَضَاءِ الْقَاضِي بِجَوَازِ بَيْعِ الْمُدَبَّرِ وَأَمُّ الْوَلَدِ، وَالْمُكَاتَّبِ مُخَيَّرٌ فِي الْإِجَازَةِ، وَالْإِنْهَاءِ إِنْمَا يَتَحَقَّقُ إِذَا وَقَعَ الْأَمْنُ عَنِ الزَّوَالِ مِنْ مَلِكِ الْمُشْتَرِي إِلَى مَلِكٍ غَيْرِهِ كَمَا فِي الْإِعْتَاقِ وَالْمَوْتِ. قَالَ (وَكَذَلِكَ إِذَا بَاعَ عَبْدًا عَلَى أَنْ يَسْتَعْدِمَهُ الْبَائِعُ شَهْرًا (لِخ) الْبَيْعُ بِهَذِهِ الشُّرُوطِ فَاسِدٌ، لِأَنَّهَا شُرُوطٌ لَا يَقْتَضِيهَا الْعَقْدُ وَفِيهِ مَنَفَعَةٌ لِأَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ، وَلَمْ يُسْتَدَلَّ بِالْحَدِيثِ لِأَنَّ الْمُرَادَ بِهِ هَذَا الْمَذْكُورُ.

وَإِنَّمَا قَالَ عَلَى أَنْ يُقْرِضَهُ الْمُشْتَرِي دِرْهَمًا احْتِرَازًا عَمَّا إِذَا قَالَ بِعْتُكَ هَذِهِ الدَّارَ عَلَى أَنْ يُقْرِضَنِي فَلَانَ الْأَجْنَبِيُّ أَلْفَ دِرْهَمٍ فَقَبِلَهُ الْمُشْتَرِي صَحَّ الْبَيْعُ لِأَنَّهَا لَمْ تَلْزَمْ الْأَجْنَبِيَّ لَا ضَمَانًا عَنِ الْمُشْتَرِي لِأَنَّهَا لَيْسَتْ فِي ذِمَّتِهِ فَيَحْتَمِلُهَا الْكَفِيلُ، وَلَا زِيَادَةً فِي الثَّمَنِ لِأَنَّهُ لَمْ يَقُلْ عَلَى أَنِّي ضَامِنٌ، بِخِلَافِ اشْتِرَاطِ الْإِقْرَاضِ عَلَى الْمُشْتَرِي "لَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ «نَهَى عَنْ بَيْعِ وَسَلَفٍ» وَأَيْضًا اشْتِرَاطُ الْخِدْمَةِ وَالسُّكْنَى يَسْتَلْزِمُ صَفَقَتَيْنِ فِي صَفَقَةٍ^(١) كَمَا ذَكَرَهُ فِي الْمُتَنِ.

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ عَيْنًا عَلَى أَنْ لَا يُسَلِّمَهَا إِلَى رَأْسِ الشَّهْرِ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ؛ لِأَنَّ الْأَجَلَ فِي الْمُبَّيْعِ الْعَيْنِ بَاطِلٌ فَيَكُونُ شَرْطًا فَاسِدًا، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الْأَجَلَ شَرِيعٌ تَرْفِيهَا فَيَلْبِقُ بِالْأَجَلِ دُونَ الْأَعْيَانِ.

(١) أخرجه أحمد (٣٩٨/١)، وانظر نصب الراية (٤٦/٤).

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ عَيْنًا عَلَى أَنْ لَا يُسَلِّمَهَا إِلَى رَأْسِ الشَّهْرِ الْخ) الْأَجَلُ فِي الْمَبِيعِ الْعَيْنِ بَاطِلٌ لِإِفْضَائِهِ إِلَى تَحْصِيلِ الْحَاصِلِ فَإِنَّهُ شَرَعَ تَرْفِيهَا فِي تَحْصِيلِهِ بِاتِّسَاعِ الْمُدَّةِ، فَإِذَا كَانَ الْمَبِيعُ أَوْ الثَّمَنُ حَاصِلًا كَانَ الْأَجَلُ لِتَحْصِيلِ الْحَاصِلِ، وَإِنَّمَا قِيدَ بِالْعَيْنِ اخْتِرَازًا عَنِ السَّلَمِ فَإِنْ تَرَكَ أَجَلَ فِيهِ مُفْسِدٌ لِلْحَاجَةِ إِلَى التَّحْصِيلِ.

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً إِلَّا حَمَلَهَا فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ) وَالْأَصْلُ أَنَّ مَا لَا يَصِحُّ إِفْرَادُهُ بِالْعَقْدِ لَا يَصِحُّ اسْتِثْنَاؤُهُ مِنَ الْعَقْدِ، وَالْحَمْلُ مِنْ هَذَا الْقَبِيلِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ أَطْرَافِ الْحَيَوَانِ لِاتِّصَالِهِ بِهِ خِلْقَةً وَبَيْعُ الْأَصْلِ يَتَنَاولُهُمَا فَالْاسْتِثْنَاءُ يَكُونُ عَلَى خِلَافِ الْمَوْجِبِ فَلَا يَصِحُّ فَيَصِيرُ شَرْطًا فَاسِدًا، وَالْبَيْعُ يَبْطُلُ بِهِ وَالْكِتَابَةُ وَالْإِجَارَةُ وَالرَّهْنُ بِمَنْزِلَةِ الْبَيْعِ؛ لِأَنَّهَا تُبْطِلُ الشُّرُوطَ الْفَاسِدَةَ، غَيْرَ أَنَّ الْمُفْسِدَ فِي الْكِتَابَةِ مَا يَتِمَّكُنُ فِي صُلْبِ الْعَقْدِ مِنْهَا، وَالْوَهْبَةُ وَالصَّدَقَةُ وَالنِّكَاحُ وَالْخُلْعُ وَالصَّلْحُ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ لَا تُبْطَلُ بِاسْتِثْنَاءِ الْحَمْلِ، بَلْ يَبْطُلُ الْاسْتِثْنَاءُ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْعُقُودَ لَا تُبْطَلُ الشُّرُوطُ الْفَاسِدَةُ، وَكَذَا الْوَصِيَّةُ لَا تُبْطَلُ بِهِ، لَكِنْ يَصِحُّ الْاسْتِثْنَاءُ حَتَّى يَكُونَ الْحَمْلُ مِيرَاثًا وَالْجَارِيَةُ وَصِيَّةً؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ أَخْتُ الْمِيرَاثِ وَالْمِيرَاثَ يَجْرِي فِيهِمَا فِي الْبَطْنِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا اسْتِثْنَى خِدْمَتَهَا؛ لِأَنَّ الْمِيرَاثَ لَا يَجْرِي فِيهَا.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً إِلَّا حَمَلَهَا الْخ). ذَكَرَ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ الْعَقْدَ الْمُسْتَثْنَى مِنْهُ وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَقْسَامٍ: الْأُولَى مَا فَسَدَ فِيهِ الْعَقْدُ وَالْاسْتِثْنَاءُ وَالثَّانِي مَا صَحَّ فِيهِ الْعَقْدُ وَبَطَلَ الْاسْتِثْنَاءُ. وَالثَّالِثُ مَا صَحَّ فِيهِ كِلَاهُمَا.

أَمَّا الْأَوَّلُ فَكَالْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ وَالْكِتَابَةِ وَالرَّهْنِ، فَإِذَا بَاعَ جَارِيَةً إِلَّا حَمَلَهَا أَوْ آجَرَ ذَارِهِ عَلَى جَارِيَةٍ إِلَّا حَمَلَهَا أَوْ رَهَنَ جَارِيَةً إِلَّا حَمَلَهَا أَوْ كَاتَبَ عَبْدَهُ عَلَى جَارِيَةٍ إِلَّا حَمَلَهَا فَسَدَ الْعَقْدُ لِأَنَّهَا عُقُودٌ تُبْطَلُ بِالشُّرُوطِ الْفَاسِدَةِ، لِأَنَّ غَيْرَ الْبَيْعِ فِي مَعْنَاهُ مَنْ حَيْثُ إِنَّهَا مُعَاوَضَةٌ وَالْبَيْعُ يَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الْفَاسِدَةِ لَمَّا تَقَدَّمَ، فَكَذَا مَا فِي مَعْنَاهُ، وَالْاسْتِثْنَاءُ يَصِيرُ شَرْطًا فَاسِدًا فِيهَا فَيُفْسِدُهَا، وَذَلِكَ لَمَّا ذَكَرَهُ مِنَ الْأَصْلِ فِيهِ أَنَّ مَا لَا يَصِحُّ إِفْرَادُهُ بِالْعَقْدِ لَا يَصِحُّ اسْتِثْنَاؤُهُ مِنَ الْعَقْدِ، وَالْحَمْلُ مِنْ هَذَا الْقَبِيلِ وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي أَوَّلِ الْبُيُوعِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْحَمْلَ بِمَنْزِلَةِ أَطْرَافِ الْحَيَوَانِ لِاتِّصَالِهِ بِهِ يَتَقَلُّ بِاتِّقَالِهِ وَيُقَرَّرُ

بِقَرَارِهِ وَيَبْعُ الْأَصْلَ يَتَنَاولُهُ. فَلَا اسْتِنَاءَ يَكُونُ عَلَى خِلَافِ الْمَوْجِبِ لِدَلَالَتِهِ عَلَى أَنَّ الْمُسْتَنَى مَقْصُودٌ وَدَلَالَةُ الْعَقْدِ عَلَى أَنَّ الْحَمْلَ تَابِعٌ فَيَصِيرُ ذِكْرُهُ شَرْطًا فَاسِدًا (قَوْلُهُ غَيْرَ أَنَّ الْمَفْسِدَ فِي الْكِتَابَةِ) اسْتِنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ لَأَنَّهَا تَبْطُلُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدَةِ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ الشَّرْطَ الْفَاسِدَ فِي الْكِتَابَةِ إِذَا كَانَ مُفْسِدًا لَهَا إِذَا كَانَ مُتِمِّكًا فِي صُلْبِ الْعَقْدِ مِنْهَا كَالْكِتَابَةِ عَلَى الْخَمْرِ وَالْخَنِزِيرِ أَوْ عَلَى قِيَمَتِهِ حَيْثُ دَخَلَ فِي الْبَدَلِ.

وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي صُلْبِهِ كَمَا إِذَا شَرَطَ عَلَى الْمُكَاتَبِ أَنْ لَا يَخْرُجَ مِنَ الْكُوفَةِ فَلَهُ أَنْ يَخْرُجَ وَالْعَقْدُ صَحِيحٌ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ تُشْبِهُ الْبَيْعَ انْتِهَاءً لِأَنَّهُ مَالٌ فِي حَقِّ الْمَوْلَى وَلَا تَصِحُّ إِلَّا بِبَدَلٍ مَعْلُومٍ وَتَحْتَمِلُ الْفَسْخَ ابْتِدَاءً وَتُشْبِهُ النِّكَاحَ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ فِي حَقِّ نَفْسِهِ، وَلَا تَحْتَمِلُ الْفَسْخَ بَعْدَ تَمَامِ الْمَقْصُودِ فَالْحَقْنَاهُ بِالْبَيْعِ فِي شَرْطِ تَمَكُّنٍ فِي صُلْبِ الْعَقْدِ وَبِالنِّكَاحِ فِيمَا لَمْ يَتَمَكَّنْ فِيهِ. وَأَمَّا الثَّانِي فَكَالْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالنِّكَاحِ وَالْخُلْعِ وَالصُّلْحِ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ فَإِنَّهَا لَا تَبْطُلُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدَةِ لِأَنَّ الْفَسَادَ بِاعْتِبَارِ إِفْضَائِهِ إِلَى الرِّبَا، وَذَلِكَ لَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا فِي الْمَعَاوَضَاتِ، وَهَذِهِ تَبَرُّعَاتٌ وَإِسْقَاطَاتٌ وَهَبَةٌ وَإِنْ كَانَتْ مِنْ قَبِيلِ التَّمْلِيكَاتِ لَكِنَّا عَرَفْنَا بِالنَّصِّ أَنَّ الشَّرْطَ الْفَاسِدَ لَا يُفْسِدُهَا، فَإِنَّهُ ﷺ أَجَازَ الْعُمَرَى وَأَبْطَلَ شَرْطَهُ لِلْمُعَمَّرِ حَتَّى يَصِيرَ لَوَرْتَةِ الْمُوهُوبِ لَهُ لَا لَوَرْتَةِ الْمُعَمَّرِ إِذَا شَرِطَ عَوْدَهُ فَيَصِحُّ الْعَقْدُ وَيَبْطُلُ الْاسْتِنَاءُ.

وَأَمَّا الثَّلَاثُ فَكَالْوَصِيَّةِ إِذَا أَوْصَى بِجَارِيَتِهِ لِرَجُلٍ وَاسْتَنَى حَمْلَهَا فَإِنَّهُ يَصِحُّ، وَالْجَارِيَةُ وَصِيَّةٌ وَالْحَمْلُ مِيرَاثٌ. أَمَّا عَدَمُ بَطْلَانِ الْوَصِيَّةِ فَلِأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنَ الْمَعَاوَضَاتِ حَتَّى تَبْطُلَ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدِ. وَأَمَّا صِحَّةُ الْاسْتِنَاءِ فَلَمَّا ذُكِرَ أَنَّ الْوَصِيَّةَ أُخْتُ الْمِيرَاثِ وَالْمِيرَاثُ يَجْرِي فِيمَا فِي الْبَطْنِ لِأَنَّهُ عَيْنٌ. بِخِلَافِ مَا إِذَا اسْتَنَى خِدْمَتَهَا لِأَنَّ الْمِيرَاثَ لَا يَجْرِي فِيهَا لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِعَيْنٍ، وَذَكَرَ ضَمِيرُ الْخِدْمَةِ عَلَى تَأْوِيلِ الْمَذْكُورِ وَاعْتَرَضَ عَلَى قَوْلِهِ الْأَصْلُ فِيهِ أَنَّ مَا لَا يَصِحُّ إِفْرَادُهُ بِالْعَقْدِ لَا يَصِحُّ اسْتِنَاؤُهُ مِنَ الْعَقْدِ أَنَّهُ يَلْزَمُ مِنْ ذَلِكَ أَنَّ مَا يَصِحُّ إِفْرَادُهُ بِالْعَقْدِ يَصِحُّ اسْتِنَاؤُهُ. وَالْخِدْمَةُ فِي الْوَصِيَّةِ مِمَّا يَصِحُّ إِفْرَادُهُ بِالْعَقْدِ بَأَنِّ قَالَ أَوْصَيْتُ بِخِدْمَةِ هَذِهِ الْجَارِيَةِ لِفُلَانٍ فَوَجَبَ أَنْ يَصِحَّ اسْتِنَاؤُهُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ هَذَا الْعَكْسَ غَيْرُ لَازِمٍ؛ وَلَكِنْ سُلِّمَ فَلَا تُسَلِّمُ أَنَّ الْوَصِيَّةَ عَقْدٌ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَصِحُّ قَبُولُ الْمُوصَى لَهُ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي وَيَدْخُلُ الْمُوصَى بِهِ فِي مِلْكِ وَرَثَةِ الْمُوصَى لَهُ بِدُونِ

القبول بأن مات الموصي له قبل القبول فلا يتناوله لفظ العقد مطلقاً. ولقائل أن يقول: اعتبرتم الوصية عقداً وعكستم الأصل المذكور في الوصية بالجارية واستثناء الحمل حيث جعلتم الاستثناء في الحمل صحيحاً لصحة إفراده بالعقد ولم تعتبروا ذلك في الوصية بالجارية، واستثناء الخدمة مع صحة إفراده بالعقد، فما الفرق بينهما؟ والجواب: أن ما منعنا العكس وجوباً، وإنما منعنا لزومه. والفرق بينهما أن تصحيح الاستثناء يقتضي بقاء المستثنى لوارث الموصي. فما صلح أن يكون موروثاً كالحمل صححناه وما لم يصلح كالخدمة منعه.

قال (ومن اشترى ثوباً على أن يقطعه البائع ويخيطه قميصاً أو قباءاً فالبيع فاسد)؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين؛ ولأنه يصير صفقة في صفقة على ما مر (ومن اشترى نعلاً على أن يحدوها البائع قال أو يشرکہا فالبيع فاسد) قال رضي الله عنه: ما ذكره جواب القياس، ووجهه ما بينا، وفي الاستحسان: يجوز للتعاامل فيه فصار كصبيغ الثوب، وللتعاامل جوازنا الاستصناع.

الشرح:

قال (ومن اشترى ثوباً على أن يقطعه البائع إلخ) قد تقدم وجه ذلك فلا نعيده، قال هاهنا صفقة في صفقة وفيما تقدم صفقتين في صفقة وكأنهما سواء، يشير إليه قوله على ما مر وقيل قال هناك صفقتين لأن فيه احتمال الإجارة، والعارية هاهنا صفقة إذ ليس فيه احتمال العارية.

قال (ومن اشترى نعلاً) هذا النعل بالمثل قطعاً به فهي تسمية الشيء باسم ما يؤول إليه إذ الصرم هو الذي يقطع بالمثل، وشرك النعل وضع عليها الشراك وهو سيرها الذي على ظهر القدم، فمن اشترى صرماً واشترط أن يحدوه أو نعلاً على أن يشرکہا البائع فالبيع فاسد في القياس. ووجهه ما بيناه أنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين.

وفي الاستحسان: يجوز للتعاامل، والتعاامل قاض على القياس لكونه إجماعاً فعلياً كصبيغ الثوب، فإن القياس لا يجوز استتجار الصباغ لصبيغ الثوب لأن الإجارة عقد على المنافع لا الأعيان وفيه عقد على العين وهو الصبغ لا الصبيغ وحده لكن جواز للتعاامل

جَوَازُ الاسْتِصْنَاعِ.

قَالَ (وَالْبَيْعُ إِلَى الثَّيْرُوزِ وَالْمَهْرَجَانِ وَصَوْمِ النَّصَارَى وَفِطْرِ الْيَهُودِ إِذَا لَمْ يَعْرِفِ الْمُتَبَايِعَانِ ذَلِكَ فَاسِدٌ لَجَهَالَةِ الْأَجَلِ) وَهِيَ مُفْضِيَّةٌ إِلَى الْمُنَازَعَةِ فِي الْبَيْعِ لَا بِتَأْنِيهَا عَلَى الْمَاكْسَةِ إِلَّا إِذَا كَانَا يَعْرِفَانِهِ لَكَوْنِهِ مَعْلُومًا عِنْدَهُمَا، أَوْ كَانَ التَّاجِيلُ إِلَى فِطْرِ النَّصَارَى بَعْدَمَا شَرَعُوا فِي صَوْمِهِمْ؛ لِأَنَّ مُدَّةَ صَوْمِهِمْ مَعْلُومَةٌ بِالْأَيَّامِ فَلَا جَهَالََةَ فِيهِ.

الشرح:

(وَالْبَيْعُ إِلَى الثَّيْرُوزِ) مُعَرَّبٌ تَوْرُوزٌ أَوَّلُ يَوْمٍ مِنَ الرَّبِيعِ (وَالْمَهْرَجَانِ) مُعَرَّبٌ مَهْرَكَانَ يَوْمٌ فِي طَرَفِ الْخَرِيفِ (وَصَوْمُ النَّصَارَى وَفِطْرُ الْيَهُودِ) وَمَعْنَاهُ تَأْجِيلُ الثَّمَنِ إِلَى هَذِهِ الْأَيَّامِ فَاسِدٌ إِذَا لَمْ يَعْرِفِ الْمُتَبَايِعَانِ مَقْدَارَ ذَلِكَ الزَّمَانِ (لَجَهَالَةِ الْأَجَلِ) الْمُفْضِيَّةُ إِلَى النَّزَاعِ لِابْتِنَاءِ الْمُبَايَعَةِ عَلَى الْمَاكْسَةِ أَيْ الْمَجَادَلَةِ فِي التَّقْصَانِ. وَالْمَاكْسَةُ مَوْجُودَةٌ فِي الْمُبَايَعَةِ إِلَى هَذَا الْأَجَلِ فَتَكُونُ الْجَهَالََةُ فِيهِ مُفْضِيَّةً إِلَى النَّزَاعِ وَمِثْلُهَا يُفْسِدُ الْبَيْعَ (وَإِنْ كَانَا يَعْرِفَانِ ذَلِكَ لَكَوْنِهِ مَعْلُومًا عِنْدَهُمَا أَوْ كَانَ التَّاجِيلُ إِلَى فِطْرِ النَّصَارَى بَعْدَمَا شَرَعُوا فِي صَوْمِهِمْ) جَازٌ (لِأَنَّ مُدَّةَ صَوْمِهِمْ بِالْأَيَّامِ مَعْلُومَةٌ) وَهِيَ خَمْسُونَ يَوْمًا فَلَا جَهَالََةَ.

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ الْبَيْعُ إِلَى قُدُومِ الْحَاجِّ)، وَكَذَلِكَ إِلَى الْحَصَادِ وَالْدِّيَاسِ وَالْقِطَافِ وَالْجِرَازِ؛ لِأَنَّهَا تَتَقَدَّمُ وَتَتَأَخَّرُ، وَلَوْ كَفَلَ إِلَى هَذِهِ الْأَوْقَاتِ جَازًا؛ لِأَنَّ الْجَهَالََةَ الْيَسِيرَةَ مُتَحَمِّلَةٌ فِي الْكِفَالَةِ وَهَذِهِ الْجَهَالََةُ يَسِيرَةٌ مُسْتَدْرَكَةٌ لِاخْتِلَافِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمْ فِيهَا وَلِأَنَّهُ مَعْلُومُ الْأَصْلِ؛ أَلَا يَرَى أَنَّهَا تَحْتَمِلُ الْجَهَالََةَ فِي أَصْلِ الدِّينِ بِأَنْ تُكْفَلَ بِمَا ذَابَ عَلَى فُلَانٍ فِيهِ الْوَصْفِ أَوَّلَى، بِخِلَافِ الْبَيْعِ فَإِنَّهُ لَا يَحْتَمِلُهَا فِي أَصْلِ الثَّمَنِ، فَكَذَا فِي وَصْفِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ مُطْلَقًا ثُمَّ أَجَلَ الثَّمَنَ إِلَى هَذِهِ الْأَوْقَاتِ حَيْثُ جَازًا؛ لِأَنَّ هَذَا تَأْجِيلٌ فِي الدِّينِ وَهَذِهِ الْجَهَالََةُ فِيهِ مُتَحَمِّلَةٌ بِمَنْزِلَةِ الْكِفَالَةِ، وَلَا كَذَلِكَ اشْتِرَاطُهُ فِي أَصْلِ الْعَقْدِ؛ لِأَنَّهُ يَبْطُلُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ الْبَيْعُ إِلَى قُدُومِ الْحَاجِّ إلخ) الْحَصَادُ يَفْتَحُ الْحَاءُ وَكَسْرُهَا قَطْعُ الزُّرُوعِ، وَالْدِّيَاسُ أَنْ يُوطَأَ الْمَحْصُودُ بِقَوَائِمِ الدَّوَابِّ مِنَ الدَّوَسِ وَهُوَ شَدَّةٌ وَطَأُ الشَّيْءِ بِالْقَدَمِ، وَالْقِطَافُ بِكَسْرِ الْقَافِ قَطْعُ الْعِنَبِ مِنَ الْكَرَمِ وَالْفَتْحُ فِيهِ لُغَةٌ، وَالْجِرَازُ قَطْعُ

الصُّوفِ وَالنَّحْلَ وَالزَّرْعَ وَالشَّعْرَ وَالْبَيْعَ إِلَى وَقْتِ قُدُومِ الْحَاجِّ وَإِلَى هَذِهِ الْأَوْقَاتِ غَيْرُ جَائِزٍ لِلْجَهَالَةِ الْمُضْطَّيَّةِ إِلَى النَّزَاعِ بِتَقَدُّمِ هَذِهِ الْأَوْقَاتِ وَتَأَخُّرِهَا، وَالْكَفَالَةُ إِلَى هَذِهِ الْأَوْقَاتِ جَائِزَةٌ (لأنَّ الْجَهْلَةَ الْيَسِيرَةَ مُتَحَمِّلَةً فِي الْكَفَالَةِ، أَلَا تَرَى أَنَّهَا تَحْتَمِلُ الْجَهْلَةَ فِي أَصْلِ الدِّينِ بِأَنْ يَكْفُلَ بِمَا ذَابَ عَلَى فُلَانٍ فِيهِ وَصْفِهِ أَوَّلِي) لَكُونَ الْأَصْلُ أَقْوَى مِنْ الْوَصْفِ (وَهَذِهِ الْجَهْلَةُ يَسِيرَةٌ لِاخْتِلَافِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ فِيهَا) فَعَائِشَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا كَانَتْ تُجِيزُ الْبَيْعَ إِلَى الْعَطَاءِ وَإِنْ احْتَمَلَ التَّقَدُّمُ وَالتَّأَخُّرُ لَكُونَهَا يَسِيرَةً، وَابْنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا مَنَعَهُ وَتَحَنُّنُ أَخَذْنَا بِقَوْلِهِ، وَهَذَا قَدْ يُشِيرُ إِلَى أَنَّ الْجَهْلَةَ الْيَسِيرَةَ مَا كَانَتْ فِي التَّقَدُّمِ وَالتَّأَخُّرِ، وَالْفَاحِشَةُ مَا كَانَ فِي الْوُجُودِ كَهُبُوبِ الرِّيحِ مَثَلًا، وَالْبَيْعُ لَمَّا لَمْ يَكُنْ مُحْتَمِلًا لِلْجَهْلَةِ فِي أَصْلِ الثَّمَنِ لَمْ يَكُنْ مُحْتَمِلًا لَهَا فِي وَصْفِهِ. وَرَدُّ بَأَنَّهُ لَا يَلْزَمُ مِنْ عَدَمِ تَحْمُلِ أَصْلِ الثَّمَنِ عَدَمُ تَحْمُلِ وَصْفِهِ لِأَنَّ الْأَصْلَ أَقْوَى إِذْ هُوَ يُوجَدُ بِدُونِ الْوَصْفِ الْخَاصِّ دُونَ عَكْسِهِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْمَانِعَ مِنْ تَحْمُلِ أَصْلِ الثَّمَنِ الْجَهْلَةُ هُوَ إِفْضَاؤُهَا إِلَى النَّزَاعِ وَهُوَ مَوْجُودٌ فِي جَهْلَةِ الْوَصْفِ فَيَمْنَعُهُ. وَإِذَا بَاعَ مُطْلَقًا ثُمَّ أَجَلَ الثَّمَنَ إِلَى هَذِهِ الْأَوْقَاتِ صَحَّ لَكُونِهِ تَأْجِيلَ الدِّينِ (وَهَذِهِ الْجَهْلَةُ مُتَحَمِّلَةٌ فِيهِ بِمَنْزِلَةِ الْكَفَالَةِ) لَعَدَمِ ابْتِنَائِهِ عَلَى الْمُمَاكَسَةِ، وَلَا كَذَلِكَ اشْتِرَاطُهُ فِي أَصْلِ الْعَقْدِ (لَأَنَّهُ يَفْسُدُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدِ)

(وَلَوْ بَاعَ إِلَى هَذِهِ الْأَجَالِ ثُمَّ تَرَضِيَ بِإِسْقَاطِ الْأَجَلِ قَبْلَ أَنْ يَأْخُذَ النَّاسُ فِي الْحَصَادِ وَالنِّدْيَاسِ وَقَبْلَ قُدُومِ الْحَاجِّ جَازَ الْبَيْعُ أَيْضًا. وَقَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ وَقَعَ فَاسِدًا فَلَا يَنْقَلِبُ جَائِزًا وَصَارَ كِاسْقَاطِ الْأَجَلِ فِي النِّكَاحِ إِلَى أَجَلٍ) وَلَنَا أَنَّ الْفُسَادَ لِلْمُنَازَعَةِ وَقَدْ ارْتَفَعَ قَبْلَ تَقَرُّرِهِ وَهَذِهِ الْجَهْلَةُ فِي شَرْطِ زَائِدٍ لَا فِي صُلْبِ الْعَقْدِ فَيُمْكِنُ إِسْقَاطُهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ الدَّرْهَمَ بِالدَّرْهَمَيْنِ ثُمَّ أَسْقَطَا الدَّرْهَمَ الزَّائِدَ؛ لِأَنَّ الْفُسَادَ فِي صُلْبِ الْعَقْدِ، وَبِخِلَافِ النِّكَاحِ إِلَى أَجَلٍ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَمَّةٌ وَهُوَ عَقْدٌ غَيْرُ عَقْدِ النِّكَاحِ، وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ ثُمَّ تَرَضِيََا خَرَجَ وَفَاقًا؛ لِأَنَّ مَنْ لَهُ الْأَجَلُ يَسْتَبِيدُ بِإِسْقَاطِهِ؛ لِأَنَّهُ خَالِصٌ حَقٌّ.

الشرح:

(وَلَوْ بَاعَ إِلَى هَذِهِ الْأَجَالِ) أَعْنِي التَّيَرُورَ وَالْمَهْرَجَانَ إِلَى آخِرِ مَا ذَكَرْنَا مِنْ الْقِطَافِ وَالْجِزَارِ ثُمَّ تَرَضِيََا بِإِسْقَاطِ الْأَجَلِ قَبْلَ تَحَقُّقِ هَذِهِ الْأَوْقَاتِ انْقَلَبَ الْبَيْعُ

جَائِزًا، خِلَافًا لِرُفَرِّ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَهُوَ يَقُولُ: اِنْعَقَدَ فَاسِدًا فَلَا يَنْقَلِبُ جَائِزًا كِاسْقَاطِ الْأَجَلِ فِي النِّكَاحِ: يَعْنِي عَلَى أَصْلِكُمْ. وَأَمَّا عَلَى قَوْلِ رُفَرِّ فَالنِّكَاحُ إِلَى أَجَلٍ جَائِزٌ وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ كَمَا تَقَدَّمَ فِي النِّكَاحِ، وَهُوَ اسْتِدْلَالٌ مِنْ جَانِبِ رُفَرِّ بِمَا لَمْ يَقُلْ بِهِ وَلَيْسَ عَلَى مَا يَنْبَغِي، وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي التَّقْرِيرِ وَقُلْنَا الْفَسَادَ لِلْمُنَازَعَةِ، وَالْمُنَازَعَةُ إِنَّمَا تَتَحَقَّقُ عِنْدَ حُلُولِ الْأَجَلِ، فَإِذَا أُسْقِطَهُ ارْتَفَعَ الْمُفْسِدُ قَبْلَ تَقَرُّرِهِ فَيَعُودُ جَائِزًا. فَإِنْ قِيلَ: الْجَهَالَةُ تَقَرَّرَتْ فِي ابْتِدَاءِ الْعَقْدِ فَلَا يُفِيدُ سُقُوطَهَا كَمَا إِذَا بَاعَ الدَّرْهَمَ بِالْأَرْبَعِينَ ثُمَّ أُسْقِطَ الدَّرْهَمَ الزَّائِدَ. أَجَابَ بِأَنَّ هَذِهِ الْجَهَالَةَ فِي شَرْطِ زَائِدٍ وَهُوَ الْأَجَلُ لَا فِي صُلْبِ الْعَقْدِ فَيُمْكِنُ إِسْقَاطُهُ، بِخِلَافِ مَا ذَكَرْتُ فَإِنَّ الْفَسَادَ فِيهِ فِي صُلْبِ الْعَقْدِ. وَاعْتَرَضَ بَأَنَّهُ إِذَا نَكَحَ بَعِيرٍ شُهُودٍ ثُمَّ أَشْهَدَ بَعْدَ النِّكَاحِ فَإِنَّهُ لَا يَنْقَلِبُ جَائِزًا وَلَيْسَ الْفَسَادُ فِي صُلْبِ الْعَقْدِ.

فَإِذَا بَاعَ إِلَى أَنْ يَهَبَ الرِّيحَ ثُمَّ أُسْقِطَ الْأَجَلُ لَا يَنْقَلِبُ جَائِزًا. وَأُجِيبَ عَنْ الْأَوَّلِ بِأَنَّ الْفَسَادَ فِيهِ لِعَدَمِ الشَّرْطِ فَهُوَ قَوِيٌّ كَمَا لَوْ كَانَ فِي صُلْبِ الْعَقْدِ، أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ صَلَّى بِغَيْرِ طَهَارَةٍ ثُمَّ تَطَهَّرَ لَمْ تَنْقَلِبْ صَلَاتُهُ جَائِزَةً، وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ هُبُوبَ الرِّيحِ لَيْسَ بِأَجَلٍ لِأَنَّ الْأَجَلَ مَا يَكُونُ مُنْتَظَرًا وَالْهُبُوبُ قَدْ يَكُونُ مُتَّصِلًا بِكَلَامِهِ قَوْلُهُ وَبِخِلَافِ النِّكَاحِ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِ رُفَرِّ عَلَى النِّكَاحِ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّا قَدْ قُلْنَا إِنَّ الْعَقْدَ الْفَاسِدَ قَدْ يَنْقَلِبُ جَائِزًا قَبْلَ تَقَرُّرِ الْمُفْسِدِ، وَلَمْ نَقُلْ إِنَّ عَقْدًا يَنْقَلِبُ عَقْدًا آخَرَ، وَالنِّكَاحُ إِلَى أَجَلٍ مُتَّعَةٌ وَهِيَ عَقْدٌ غَيْرُ عَقْدِ النِّكَاحِ فَلَا يَنْقَلِبُ نِكَاحًا (قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ) أَيُّ الْقُدُورِيِّ ثُمَّ تَرَاضِيَا خَرَجَ وَفَاقَا لِأَنَّ مَنْ لَهُ الْأَجَلُ يَسْتَبْدُ بِإِسْقَاطِهِ لِأَنَّهُ خَالِصُ حَقِّهِ.

قَالَ (وَمَنْ جَمَعَ بَيْنَ حُرٍّ وَعَبْدٍ أَوْ شَاةٍ ذَكِيَّةٍ وَمَيْتَةٍ بَطَلَ الْبَيْعُ فِيهِمَا) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: إِنْ سَمِيَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَمَنًا جَازَ فِي الْعَبْدِ وَالشَّاةِ الذَّكِيَّةِ (وَإِنْ جَمَعَ بَيْنَ عَبْدٍ وَمُدَبَّرٍ أَوْ بَيْنَ عَبْدٍ وَغَيْرِهِ صَحَّ الْبَيْعُ فِي الْعَبْدِ بِحَصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ) عِنْدَ عَلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ، وَقَالَ رُفَرُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: فَسَدَ فِيهِمَا، وَمَتَرُوكُ التَّسْمِيَةِ عَامِدًا كَالْمَيْتَةِ، وَالْمَكَاتِبُ وَأُمُّ الْوَلَدِ كَالْمُدَبَّرِ لَهُ الْإِعْتِبَارُ بِالْفَصْلِ الْأَوَّلِ، إِذْ مَحَلِّيَةُ الْبَيْعِ مُنْتَفِيَةٌ بِالْإِضَافَةِ إِلَى الْكُلِّ وَلَهُمَا أَنَّ الْفَسَادَ يَقْدِرُ الْمُفْسِدِ فَلَا يَتَعَدَّى إِلَى الْقِنِّ، كَمَنْ جَمَعَ بَيْنَ الْأَجْنَبِيِّ وَأَخْتِهِ فِي النِّكَاحِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يُسَمَّ ثَمَنٌ

كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا؛ لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ وَلَأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهُوَ الْفَرْقُ بَيْنَ الْفَصْلَيْنِ أَنَّ الْحُرَّ لَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْعَقْدِ أَصْلًا؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ وَالْبَيْعُ صَفَقَةٌ وَاحِدَةٌ فَكَانَ الْقَبُولُ فِي الْحُرِّ شَرْطًا لِلْبَيْعِ فِي الْعَبْدِ وَهَذَا شَرْطٌ فَاسِدٌ، بِخِلَافِ النِّكَاحِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَبْطُلُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدَةِ، وَأَمَّا الْبَيْعُ فِي هَؤُلَاءِ مَوْقُوفٌ وَقَدْ دَخَلُوا تَحْتَ الْعَقْدِ لِقِيَامِ الْمَالِيَّةِ وَلِهَذَا يَنْفُذُ فِي عَبْدٍ غَيْرِ بِإِجَارَتِهِ، وَفِي الْمَكَاتِبِ بِرِضَاهُ فِي الْأَصَحِّ، وَفِي الْمُدَبَّرِ بِقَضَاءِ الْقَاضِي، وَكَذَا فِي أُمِّ الْوَلَدِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمُ اللَّهُ، إِلَّا أَنَّ الْمَالِكَ بِاسْتِحْقَاقِهِ الْمَبِيعَ وَهَؤُلَاءِ بِاسْتِحْقَاقِهِمْ أَنْفُسَهُمْ رَدُّوا الْبَيْعَ فَكَانَ هَذَا إِشَارَةً إِلَى الْبَقَاءِ، كَمَا إِذَا اشْتَرَى عَبْدَيْنِ وَهَلَكَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْقَبْضِ، وَهَذَا لَا يَكُونُ شَرْطُ الْقَبُولِ فِي غَيْرِ الْمَبِيعِ وَلَا بَيْعًا بِالْحِصَّةِ ابْتِدَاءً وَلِهَذَا لَا يُشْتَرَطُ بَيَانُ ثَمَنِ كُلِّ وَاحِدٍ فِيهِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ جَمَعَ بَيْنَ حُرٍّ وَعَبْدٍ أَوْ شَاءَ ذَكِيَّةً وَمَيْتَةً لِح) إِذَا جَمَعَ فِي الْبَيْعِ بَيْنَ حُرٍّ وَعَبْدٍ أَوْ شَاءَ ذَكِيَّةً وَمَيْتَةً بَطَلَ الْبَيْعُ فِيهِمَا مُطْلَقًا أَعْنِي سَوَاءَ فَصَلَ الثَّمَنُ أَوْ لَمْ يُفْصَلْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: إِنْ سَمِيَ لِكُلِّ وَاحِدٍ ثَمَنًا مِثْلُ أَنْ يَقُولَ اشْتَرَيْتُهُمَا بِأَلْفِ دِرْهَمٍ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خَمْسُمِائَةٍ جَازَ الْعَقْدُ فِي الْعَبْدِ وَالذَّكِيَّةِ (وَإِنْ جَمَعَ بَيْنَ عَبْدٍ وَمُدَبَّرٍ أَوْ بَيْنَ عَبْدِهِ وَعَبْدٍ غَيْرِهِ صَحَّ الْعَقْدُ فِي الْعَبْدِ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ عِنْدَهُمْ خِلَافًا لِرُفْرِ رَحِمَهُ اللَّهُ فِيهِمَا) أَيُّ فِي الْعَبْدِ وَالْمُدَبَّرِ. أَوْ فِي الْجَمْعَيْنِ جَمِيعًا (وَمَتْرُوكُ التَّسْمِيَةِ عَامِدًا كَالْمَيْتَةِ وَالْمَكَاتِبِ وَأُمُّ الْوَلَدِ كَالْمُدَبَّرِ)، فَإِنْ قِيلَ: مَتْرُوكُ التَّسْمِيَةِ مُجْتَهَدٌ فِيهِ فَصَارَ كَالْمُدَبَّرَةِ فَيَجِبُ جَوَازُ بَيْعِهِ مَعَ الْمَذَكَّى كَبَيْعِ الْقِنْ مَعَ الْمُدَبَّرِ. أَجِيبَ بِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُجْتَهَدٍ فِيهِ بَلْ خَطَأٌ بَيْنُ لِمُخَالَفَةِ الدَّلِيلِ الظَّاهِرِ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿فَكُلُّوا مِمَّا ذُكِّرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١١٨] حَتَّى أَنْ الْقَاضِي إِذَا قَضَى بِحِلِّهِ لَا يَنْفُذُ الْقَضَاءُ فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ مَنْ جَمَعَ بَيْنَ الْحُرِّ وَالْعَبْدِ فِي الْبَيْعِ (لِرُفْرِ الْإِعْتِبَارِ بِالْفَصْلِ الْأَوَّلِ: يَعْنِي بَيْنَ الْحُرِّ وَالْعَبْدِ بِجَمَاعٍ انْتِفَاءِ الْمَحَلِّيَةِ فِي حَقِّ الْجَمِيعِ).

وَلَأَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: إِذَا سَمِيَ لِكُلِّ ثَمَنًا أَنَّ الْفَسَادَ بِقَدْرِ الْمُفْسِدِ إِذَا الْحُكْمُ يَثْبُتُ بِقَدْرِ دَلِيلِهِ وَالْمُفْسِدُ فِي الْحُرِّ كَوْنُهُ لَيْسَ بِمَحَلٍّ لِلْبَيْعِ وَهُوَ مُخْتَصٌّ بِهِ دُونَ الْقِنْ فَلَا يَتَعَدَّاهُ كَمَا إِذَا جَمَعَ بَيْنَ الْأَجْنَبِيِّ وَأُخْتِهِ فِي عَقْدِ النِّكَاحِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يُسَمَّ ثَمَنٌ

كُلِّ وَاحِدٍ لَأَنَّ تَمَنَ الْعَبْدِ مَجْهُولٌ. وَلَأَيُّ حَنِيفَةٍ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهُوَ الْفَرْقُ بَيْنَ فَصْلِ الْحُرِّ وَالْمُدَبِّرِ مَعَ الْقَنْ أَنْ الْحُرَّ لَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْعَقْدِ أَصْلًا لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ وَالْبَيْعُ صَفَقَةٌ وَاحِدَةٌ بِدَلِيلٍ أَنَّ الْمُشْتَرِيَّ لَا يَمْلِكُ قَوْلَ الْعَقْدِ فِي أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ كَانَ قَبُولُ الْعَقْدِ فِيمَا لَا يَصِحُّ فِيهِ الْعَقْدُ شَرْطًا لَصِحَّةِ الْعَقْدِ فِيمَا يَصِحُّ فِيهِ فَكَانَ شَرْطًا فَاسِدًا، وَفِيهِ نَظَرٌ. أَمَّا أَوَّلًا فَلَأَنَّهُ إِذَا بَيْنَ تَمَنَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَانَتْ الصَّفَقَةُ مُتَّفَرِّعَةً وَحِينَئِذٍ لَا يَكُونُ قَوْلُ الْعَقْدِ فِي الْحُرِّ شَرْطًا لِلْبَيْعِ فِي الْعَبْدِ.

وَأَمَّا ثَانِيًا فَلَأَنَّ الشَّرْطَ الْفَاسِدَ هُوَ مَا يَكُونُ فِيهِ مَنْفَعَةٌ لِأَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ أَوْ لِلْمَعْقُودِ عَلَيْهِ حَتَّى يَكُونَ فِي مَعْنَى الرَّبَا، وَلَيْسَ فِي قَبُولِ الْعَقْدِ فِي الْحُرِّ مَنْفَعَةٌ لِأَحَدِهِمَا وَلَا لِلْمَعْقُودِ عَلَيْهِ فَلَا يَكُونُ شَرْطًا فَاسِدًا. وَأَمَّا ثَالثًا فَلَأَنَّ قَبُولَ الْعَقْدِ فِي الْحُرِّ إِمَّا يَكُونُ شَرْطًا لِقَبُولِ الْعَقْدِ فِي الْعَبْدِ إِذَا صَحَّ الْإِجَابُ فِيهِمَا لئَلَّا يَتَضَرَّرَ الْبَائِعُ بِقَبُولِ الْعَقْدِ فِي أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ وَلَمْ يُوجَدْ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ فَصَارَ كَالْجَمْعِ بَيْنَ الْعَبْدِ وَالْمُدَبِّرِ وَأُجِيبَ عَنِ الْأَوَّلِ بِأَنَّ الصَّفَقَةَ مُتَّحِدَةً فِي مِثْلِهِ إِذَا لَمْ يُكْرَرْ الْبَيْعُ أَوْ الشِّرَاءُ، وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي أَوَّلِ الْيُبُوعِ.

وَعَنِ الثَّانِي بِأَنَّ فِي قَبُولِ الْعَقْدِ فِي الْحُرِّ مَنْفَعَةً لِلْبَائِعِ، فَإِنَّهُ إِذَا بَاعَهُمَا بِأَلْفٍ وَالْحُرَّ لَيْسَ بِمَالٍ يُقَابَلُهُ بَدَلٌ فَكَأَنَّهُ قَالَ بَعْتُ هَذَا الْعَبْدَ بِخَمْسِمِائَةٍ عَلَى أَنْ يُسَلَّمَ إِلَيَّ خَمْسِمِائَةٍ أُخْرَى فَيَنْتَفِعُ بِفَضْلِ خَالَ عَنِ الْعَوَضِ فِي الْبَيْعِ وَهُوَ الرَّبَا. وَعَنِ الثَّالِثِ بِأَنَّ الْإِجَابَ إِذَا صَحَّ فِيهَا صَحَّ الْعَقْدُ وَالشَّرْطُ جَمِيعًا فَلَا يَكُونُ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ، وَإِذَا ظَهَرَ هَذَا ظَهَرَ الْفَرْقُ بَيْنَ الْفَصْلَيْنِ وَتَمَّ جَوَابُ زُفَرٍ عَنِ التَّسْوِيَةِ بَيْنَهُمَا (قَوْلُهُ بِخِلَافِ النِّكَاحِ) جَوَابٌ عَنِ قِيَاسِهِمَا عَلَى النِّكَاحِ بِأَنَّ النِّكَاحَ لَا يَبْطُلُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ.

وَقَوْلُهُ أَمَّا الْبَيْعُ فِي هَؤُلَاءِ مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ لَأَنَّ الْحُرَّ لَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْعَقْدِ، وَأَرَادَ بِهِؤُلَاءِ الْمُدَبِّرَ وَالْمُكَاتَّبَ وَأُمَّ الْوَلَدَ وَعَبْدَ الْغَيْرِ فَإِنَّهُمْ دَخَلُوا تَحْتَ الْعَقْدِ لِقِيَامِ الْمَالِيَةِ فَإِنَّهَا بِاعْتِبَارِ الرِّقِّ وَالتَّقْوَمِ وَهُمَا مَوْجُودَانِ (قَوْلُهُ وَلِهَذَا يُنْفَذُ) يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ تَوْضِيحًا لِقَوْلِهِ مَوْقُوفٌ، فَإِنَّ الْبَيْعَ فِي عَبْدٍ غَيْرِ مَوْقُوفٍ عَلَى إِجَارَتِهِ، وَفِي الْمُكَاتَّبِ عَلَى رِضَاهُ فِي أَصَحِّ الرَّوَايَتَيْنِ، وَفِي الْمُدَبِّرِ عَلَى قَضَاءِ الْقَاضِي، وَكَذَا إِذَا قَضَى الْقَاضِي بِجَوَازِ بَيْعِ أُمَّ

الْوَلَدُ نَفَذَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ بِنَاءً عَلَى أَنَّ
الْإِجْمَاعَ اللاحقَ يَرْفَعُ الاختلافَ السَّابِقَ عِنْدَهُ فَيَكُونُ الْقَضَاءُ عَلَى خِلَافِ الْإِجْمَاعِ فَلَا
يَنْفَذُ، وَعِنْدَهُمَا لَا يَرْفَعُ فَيَكُونُ الْقَضَاءُ فِي فَضْلِ مُجْتَهِدٍ فِيهِ فَيَنْفَذُ فَقَدْ عُرِفَ ذَلِكَ فِي
أُصُولِ الْفَقْهِ.

فَإِنْ قِيلَ: كَيْفَ يَصِحُّ قَوْلُهُ مَوْقُوفٌ وَقَدْ قَالَ فِي أَوَّلِ الْبَابِ وَيَنْعَى أُمُّ الْوَلَدِ وَالْمُدَبِّرُ
وَالْمُكَاتِبُ بَاطِلٌ؟ فَالْجَوَابُ أَنَّهُ بَاطِلٌ إِذَا لَمْ يُجْزِ الْمُكَاتِبُ وَلَمْ يَقْضِ الْقَاضِي بِجَوَازِ يَنْعَى
الْمُدَبِّرِ وَأُمُّ الْوَلَدِ يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ تَمَامُ كَلَامِهِ هُنَاكَ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ تَوْضِيحًا لِقِيَامِ
الْمَالِيَّةِ، فَإِنَّ الْإِجَارَةَ وَقَضَاءَ الْقَاضِي لَا يَنْفَذُ فِي غَيْرِ مَحَلِّهِ، وَإِذَا نَفَذَ هَاهُنَا عَرَفْنَا الْمَحَلِّيَّةَ
فِيهَا وَلَا مَحَلَّ لِلْبَيْعِ إِلَّا بِقِيَامِ الْمَالِيَّةِ فَعَرَفْنَا أَنَّهُمْ دَخَلُوا فِي الْعَقْدِ فَكَانَ الْوَاجِبُ أَنْ لَا
يَكُونَ الْعَقْدُ فِيهِمْ فَاسِدًا، إِلَّا أَنْ الْمَالِكُ بِاسْتِحْقَاقِهِ الْمَبِيعَ وَهَؤُلَاءِ بِاسْتِحْقَاقِهِمْ أَنْفُسَهُمْ
رَدُّوا الْبَيْعَ. وَهَذَا أَيْ الرُّدُّ بِالِاسْتِحْقَاقِ لَا يَكُونُ إِلَّا فِي الْبَقَاءِ، فَكَانَ كَمَا إِذَا اشْتَرَى
عَبْدَيْنِ وَهَلَكَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْقَبْضِ بَقِيَ الْعَقْدُ فِي الْبَاقِي بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ بَقَاءً فَلَمْ يَمْنَعْ
مِنَ الصَّحَّةِ، وَهَذَا أَيْ الْجَمْعُ بَيْنَ الْقَنْ وَأَحَدِ الْمَذْكُورِينَ لَا يَكُونُ شَرْطًا لِلْقَبُولِ فِي غَيْرِ
الْمَبِيعِ وَلَا يَنْعَى بِالْحِصَّةِ ابْتِدَاءً بَعْدَمَا ثَبَتَ دُخُولُهُمْ فِي الْمَبِيعِ، وَلِهَذَا لَا يُشْتَرَطُ حَالَةُ الْعَقْدِ
يَبَانُ ثَمَنُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْعَبْدِ وَالْمُدَبِّرِ فِيهِ: أَيْ فِيمَا إِذَا جَمَعَ بَيْنَ الْقَنْ وَالْمُدَبِّرِ

فَصْلٌ فِي أَحْكَامِهِ

(وَإِذَا قَبِضَ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ بِأَمْرِ الْبَائِعِ وَفِي الْعَقْدِ عَوْضَانِ كُلِّ
وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَالٌ مَلَكَ الْمَبِيعَ وَلَزِمَتْهُ قِيمَتُهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَمْلِكُهُ وَإِنْ
قَبِضَهُ؛ لِأَنَّهُ مَحْظُورٌ فَلَا يَنَالُ بِهِ نِعْمَةُ الْمَلِكِ؛ وَلِأَنَّ النِّهْيَ نَسَخَ لِلْمَشْرُوعِيَّةِ لِلتَّضَادِّ، وَلِهَذَا
لَا يُفِيدُهُ قَبْضُ الْقَبْضِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا بَاعَ بِالْمَيْتَةِ أَوْ بَاعَ الْخَمْرَ بِالدَّرَاهِمِ. وَلَنَا أَنْ رُكْنَ
الْبَيْعِ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ. مُضَافًا إِلَى مَحَلِّهِ فَوَجِبَ الْقَوْلُ بِإِنْعِقَادِهِ، وَلَا خَفَاءَ فِي الْأَهْلِيَّةِ
وَالْمَحَلِّيَّةِ. وَرُكْنُهُ: مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ، وَفِيهِ الْكَلَامُ وَالنِّهْيُ يُقَرَّرُ الْمَشْرُوعِيَّةَ عِنْدَنَا
لِاقْتِضَائِهِ التَّصَوُّورَ فَتَنْفُسُ الْبَيْعِ مَشْرُوعٌ، وَبِهِ ثَنَالُ نِعْمَةِ الْمَلِكِ وَإِنَّمَا الْمَحْظُورُ مَا يَجَاوِرُهُ
كَمَا فِي الْبَيْعِ وَقَتِ النَّدَاءِ، وَإِنَّمَا لَا يَثْبُتُ الْمَلِكُ قَبْلَ الْقَبْضِ كَي لَا يُؤْدِي إِلَى تَقْرِيرِ
الْفَسَادِ الْمُجَاوِرِ إِذْ هُوَ وَاجِبُ الرُّفْعِ بِالِاسْتِرْدَادِ فَيُالِامِتِنَاعَ عَنِ الْمُطَالَبَةِ أَوَّلَى؛ وَلِأَنَّ السَّبَبَ

قَدْ ضَعُفَ لِمَكَانِ اقْتِرَانِهِ بِالْقَبْضِ فَيُشْتَرَطُ اعْتِضَادُهُ بِالْقَبْضِ فِي إِفَادَةِ الْحُكْمِ بِمَنْزِلَةِ
 الْهَبَةِ، وَالْمَيْتَةِ لَيْسَتْ بِمَالٍ فَانْعَدَمَ الرُّكْنُ، وَلَوْ كَانَ الْخَمْرُ مُثْمَنًا فَقَدْ خَرَجْنَا وَشَيْءٌ
 آخَرَ وَهُوَ أَنَّ فِي الْخَمْرِ الْوَاجِبَ هُوَ الْقِيَمَةُ وَهِيَ تَصْلُحُ ثَمَنًا لَا مُثْمَنًا. ثُمَّ شَرَطْنَا أَنْ يَكُونَ
 الْقَبْضُ بِإِذْنِ الْبَائِعِ وَهُوَ الظَّاهِرُ، إِلَّا أَنَّهُ يَكْتَفِي بِهِ دَلَالَةٌ كَمَا إِذَا قَبِضَهُ فِي مَجْلِسِ الْعَقْدِ
 اسْتِحْسَانًا، وَهُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ تَسْلِيطٌ مِنْهُ عَلَى الْقَبْضِ، فَإِذَا قَبِضَهُ بِحَضْرَتِهِ قَبْلَ
 الْاِفْتِرَاقِ وَلَمْ يَنْهَهُ كَانَ بِحُكْمِ التَّسْلِيطِ السَّابِقِ، وَكَذَا الْقَبْضُ فِي الْهَبَةِ فِي مَجْلِسِ
 الْعَقْدِ يَصِحُّ اسْتِحْسَانًا، وَشَرَطْنَا أَنْ يَكُونَ فِي الْعَقْدِ عَوْضَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَالٌ
 لِيَتَحَقَّقَ رُكْنُ الْبَيْعِ وَهُوَ مُبَادَلَةُ الْمَالِ فَيَخْرُجُ عَلَيْهِ الْبَيْعُ بِالْمَيْتَةِ وَالْدَّمِ وَالْحُرِّ وَالرَّيْحِ
 وَالْبَيْعِ مَعَ نَفْسِ الثَّمَنِ، وَقَوْلُهُ لَزِمَتُهُ قِيَمَتُهُ، فِي ذَوَاتِ الْقِيَمِ، فَأَمَّا فِي ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ
 فَيَلْزِمُهُ الْمِثْلُ؛ لِأَنَّهُ مَضْمُونٌ بِنَفْسِهِ بِالْقَبْضِ فَشَابَهُ الْغَضَبُ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الْمِثْلَ صُورَةٌ وَمَعْنَى
 أَعْدَلَ مِنَ الْمِثْلِ مَعْنَى.

الشرح:

(فَصْلٌ فِي أَحْكَامِهِ) وَإِذَا قَبِضَ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ. لَمَّا كَانَ حُكْمُ الشَّيْءِ لَكُونِهِ أَثَرًا
 ثَابِتًا بِهِ يَعْقِبُهُ ذَكَرَ أَحْكَامَ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ عَقِيبُهُ، وَالْبَيْعُ عِنْدَنَا يَنْقَسِمُ بِاعْتِبَارِ غَيْرِ مَا مَرَّ إِلَى
 صَحِيحٍ وَفَاسِدٍ وَبَاطِلٍ وَمَوْقُوفٍ، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ إِلَى صَحِيحٍ وَبَاطِلٍ لَا غَيْرَ (وَإِذَا قَبِضَ
 الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ بِأَمْرِ الْبَائِعِ) يَعْنِي بِإِذْنِهِ (وَفِي الْعَقْدِ عَوْضَانِ مَالَانِ
 مَلِكِ الْمَبِيعِ وَلَزِمَتُهُ الْقِيَمَةُ) ذَكَرَ الْقَبْضَ لِتَرْتَّبِ الْأَحْكَامِ عَلَيْهِ، وَذَكَرَ الْبَيْعَ الْفَاسِدَ لِأَنَّ
 الْبَاطِلَ لَا يُفِيدُ شَيْئًا وَإِنْ اتَّصَلَ بِهِ الْقَبْضُ وَأَمْرُ الْبَائِعِ، يَعْنِي بِهِ: الْإِذْنُ فِي الْقَبْضِ أَعْمُ
 مِنْ كَوْنِهِ صَرِيحًا أَوْ دَلَالَةً، وَالْمَعْنَى بِدَلَالَةِ الْإِذْنِ هُوَ أَنْ يَقْبِضَهُ عَقِيبَ الْعَقْدِ بِحَضْرَةِ
 الْبَائِعِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِحَضْرَةِ الْبَائِعِ لَمْ يَمْلِكْهُ بِخِلَافِ الصَّرِيحِ فَإِنَّهُ يُفِيدُ مُطْلَقًا، وَقَدْ أَنْ
 يَكُونَ فِي الْعَقْدِ عَوْضَانِ مَالَانِ لِفَائِدَةٍ سَنَذْكُرُهَا.

وَقَوْلُهُ مَلِكِ الْمَبِيعِ هُوَ قَوْلُ عَامَّةِ الْمَشَائِخِ سِوَى أَهْلِ الْعِرَاقِ فَإِنَّهُمْ يَقُولُونَ الْمَبِيعُ
 فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ مَمْلُوكُ التَّصَرُّفِ لَا مَمْلُوكُ الْعَيْنِ وَقَدْ تَقَدَّمَ الْكَلَامُ فِيهِ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ
 رَحِمَهُ اللَّهُ: الْقَبْضُ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ لَا يُفِيدُ الْمَلِكَ لِأَنَّهُ مُحْظُورٌ وَالْمَحْظُورُ (لَا تُنَالُ بِهِ
 نِعْمَةُ الْمَلِكِ) لِأَنَّ الْمُنَاسَبَةَ بَيْنَ الْأَسْبَابِ وَالْمُسَبِّبَاتِ لَا بُدَّ مِنْهَا وَلِأَنَّ النَّهْيَ نَسَخَ

لِلْمَشْرُوعِيَّةِ (لِلتَّضَادِّ) بَيْنَ النَّهْيِ وَالْمَشْرُوعِيَّةِ إِذِ النَّهْيُ يَقْتَضِي الْقَبْضَ وَالْمَشْرُوعِيَّةُ تَقْتَضِي الْحُسْنَ وَيَتَّبِعُهُمَا مُنَافَاةٌ وَالْمَنْسُوخُ الْمَشْرُوعِيَّةُ لَا يُفِيدُ حُكْمًا شَرْعِيًّا (وَلِهَذَا لَا يُفِيدُهُ قَبْلُ الْقَبْضِ وَصَارَ كَمَا إِذَا بَاعَ الْحَمْرَ بِالْدَّرَاهِمِ) أَوْ الدَّنَانِيرِ أَوْ بِالْمِئَةِ وَقَبْضُهَا الْمُشْتَرِي فَإِنَّهُ لَا يُفِيدُ الْمِلْكَ. وَلَنَا أَنَّ الْبَيْعَ الْفَاسِدَ مَشْرُوعٌ بِأَصْلِهِ، لِأَنَّ رُكْنَ الْبَيْعِ وَهُوَ مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ بِطَرِيقِ الْاِكْتِسَابِ بِالْتَّرَاضِي صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ.

إِذِ الْكَلَامُ فِي أَنَّ لَا خِلَلَ فِي الْعَاقِدَيْنِ مُضَافًا إِلَى مَحَلِّهِ كَذَلِكَ، وَكُلُّ بَيْعٍ كَانَ كَذَلِكَ يُفِيدُ الْمِلْكَ فَهَذَا الْبَيْعُ يُفِيدُهُ. لَا يُقَالُ قَدْ يَكُونُ النَّهْيُ مَانِعًا عَنْ ذَلِكَ، لِأَنَّ النَّهْيَ يُقَرِّرُ الْمَشْرُوعِيَّةَ عِنْدَنَا لَا قِضَائِهِ التَّصَوُّرَ لِيَكُونَ النَّهْيُ عَمَّا يَتَكَوَّنُ لِيَكُونَ الْعَبْدُ مُتَبَلًى بَيْنَ أَنْ يَتْرَكَ بِاخْتِيَارِهِ فَيُنَابَ وَيَنْ أَنْ يَأْتِيَ بِهِ فَيَعَاقَبَ عَلَيْهِ. فَفَسَدُ الْبَيْعِ مَشْرُوعٌ وَبِهِ تُنَالُ نِعْمَةُ الْمِلْكِ. لَكِنْ لَا بُدَّ فِيهِ مِنْ قُبْحٍ مُقْتَضَى النَّهْيِ فَجَعَلْنَاهُ فِي وَصْفِهِ مُحَاوِرًا كَمَا فِي الْبَيْعِ وَقَتَ النَّدَاءِ عَمَلًا بِالْوَجْهَيْنِ، وَقَدْ قَرَّرْنَا هَذَا فِي التَّقْرِيرِ عَلَى وَجْهِ أَمٍّ.

واعتراض بأن المخطور في البيع وقت النداء محاور، وأما في المتنازع فيه فهو من قبيل ما اتصل به وصفا فلا يكون قوله كما في البيع وقت النداء صحيحا، وأيضا الحكم هناك الكراهة وفي المتنازع فيه الفساد. وأجيب بأن غرض المصنف من ذكر المحاورة بيان أن المخطور ليس لمعنى في عين المنهي عنه كما زعمه الخصم. والمحاور جمعا والتصل وصفا بيان في ذلك وبأن غرضه أن حكم المنهي عنه ليس البطلان كما يدعيه الخصم والكراهة والفساد يشتركان في عدم البطلان. طالع التقرير تطلع على ذلك.

(قوله وإما لا يثبت الملك قبل القبض كي لا يؤدي إلى تقرير الفساد جواب عن قوله ولهذا لا يفيد قبل القبض، وتقرير ذلك أنه لو ثبت الملك قبل القبض لوجب تسليم الثمن ووجب على البائع تسليم المبيع لأبهما من موانع العقد فيتقرر الفساد وهو لا يجوز لأنه واجب الرفع بالاسترداد، وكل ما هو واجب الرفع بالاسترداد لا يجوز تقريره، وإذا كان واجب الرفع بالاسترداد: يعني إذا كان المبيع مقبوضا فلأن يكون واجب الرفع بالامتناع عن مطالبة أحد المتعاقدين أولى لكونه أسهل لسلامته عن المطالبة والإحضار والتسليم والتسليم. ثم الرفع بالاسترداد. وعورض بأنه لو لم يفد الملك قبل القبض لم يفده بعده، لأن كل ما يمنع عن ثبوت الملك بالبيع قبل القبض

يَمْنَعُ بَعْدَهُ كَخِيَارِ الشَّرْطِ، وَبِأَنَّهُ لَوْ أَفَادَ بَعْدَ الْقَبْضِ كَانَ تَقْرِيرًا لِلْفَسَادِ.
وَالْجَوَابُ عَنِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ مَمْنُوعٌ وَإِلَّا لَزِمَ أَنْ يَكُونَ الشَّيْءُ مَعَ غَيْرِهِ كَالشَّيْءِ لَا
مَعَ غَيْرِهِ وَهُوَ مُحَالٌ، وَخِيَارُ الشَّرْطِ إِنَّمَا اسْتَوَى فِيهِ الْقَبْضُ وَعَدَمُهُ لِأَنَّهُ ثُبُوتُ الْمَلِكِ فِيهِ
مُعْلَقٌ بِسُقُوطِ الْخِيَارِ مَعْنَى، لِأَنَّهُ يَقُولُ عَلَى أَتْيِ الْخِيَارِ. وَالْمُعْلَقُ بِالشَّرْطِ مَعْدُومٌ قَبْلَ
وُجُودِهِ. وَتَعْلُقُهُ بِالشَّرْطِ لَمْ يَخْتَلَفْ بَيْنَ وُجُودِ الْقَبْضِ وَعَدَمِهِ، فَلَمْ يَلْزَمْ أَنْ يَكُونَ
الشَّيْءُ مَعَ غَيْرِهِ كَالشَّيْءِ لَا مَعَ غَيْرِهِ لِأَنَّ الشَّرْطَ أَهْدَرَ الْغَيْرِ: أَغْنَى الْقَبْضَ. وَعَنِ الثَّانِي
أَنَّ تَقْرِيرَ الْفَسَادِ بَعْدَ الْقَبْضِ يَثْبُتُ فِي ضِمَنِ الضَّمَانِ، فَإِنَّ الْقَبْضَ يُوجِبُ الضَّمَانَ فَإِنْ
لَمْ يَنْتَقِلِ الْمَلِكُ مِنَ الْمَضْمُونِ لَهُ إِلَى الضَّامِنِ لاجْتِمَاعِ الْبَدَلَانِ فِي مَلِكٍ شَخْصٍ وَاحِدٍ وَهُوَ
لَا يَجُوزُ. وَالضَّمَنِيَّاتُ لَا مُعْتَبَرٌ بِهَا (قَوْلُهُ وَلِأَنَّ السَّبَبَ) دَلِيلٌ آخَرُ عَلَى إِفَادَةِ الْبَيْعِ
الْفَاسِدِ الْمَلِكَ بَعْدَ الْقَبْضِ.

وَوَجْهُهُ أَنَّ السَّبَبَ: يَعْنِي الْبَيْعَ الْفَاسِدَ (فَقَدْ ضَعُفَ لِمَكَانِ اقْتِرَانِهِ بِالْمَبْعُوعِ فَيَشْتَرِطُ
اعْتِمَادُهُ بِالْقَبْضِ فِي إِفَادَةِ الْحُكْمِ) لِأَنَّ الْقَبْضَ شَبَّهَ بِالْإِجَابِ فَصَارَ كَأَنَّ إِجَابَ الْبَيْعِ
الْفَاسِدِ اِزْدَادَ قُوَّةً فِي نَفْسِهِ فَهُوَ كَالْهَبَةِ فِي احتِجَاجِهِ إِلَى مَا يُعَصِّدُهُ الْعَقْدُ مِنَ الْقَبْضِ
(قَوْلُهُ وَالْمِثَّةُ لَيْسَتْ بِمَالٍ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِ الْخَصْمِ الْمُتَنَازِعِ فِيهِ عَلَى الْبَيْعِ بِالْمِثَّةِ.
وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الْمِثَّةَ لَيْسَتْ بِمَالٍ وَمَا لَيْسَ بِمَالٍ لَا يَجُوزُ فِيهِ الْبَيْعُ لِفَوَاتِ رُكْنِهِ، وَلَوْ كَانَ
الْخَمْرُ مِثْمَنًا وَهُوَ مَا إِذَا اشْتَرَى الْخَمْرَ بِالْدَّرَاهِمِ فَقَدْ خَرَجْنَا: يَعْنِي فِي أَوَائِلِ الْبَيْعِ
الْفَاسِدِ وَأَرَادَ بِهِ مَا قَالَهُ، وَأَمَّا بَيْعُ الْخَمْرِ وَالْخَزِيرِ إِنْ كَانَ بِالذَّيْنِ كَالدَّرَاهِمِ وَالذَّنَانِيرِ
فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ وَلَا يَلْزَمُ مِنْ بُطْلَانِ الْبَيْعِ فِيمَا إِذَا كَانَ الْخَمْرُ مِثْمَنًا بُطْلَانُ الْبَيْعِ فِي الْمُتَنَازِعِ
فِيهِ وَفِي شَيْءٍ آخَرَ: أَيُّ دَلِيلٍ آخَرَ سِوَى مَا ذَكَرْنَا هُنَاكَ وَهُوَ أَنَّ الْعَقْدَ الْوَاقِعَ عَلَى
الْخَمْرِ يُوجِبُ الْقِيَمَةَ لَا عَيْنَ الْخَمْرِ لِأَنَّ الْمُسْلِمَ مَمْنُوعٌ عَنْ تَسْلِيمِ الْخَمْرِ وَتَسْلِيمِهَا، فَلَوْ
قُلْنَا بِإِعْقَادِ الْبَيْعِ فِي الصُّورَةِ الْمَذْكُورَةِ لَجَعَلْنَا الْقِيَمَةَ مِثْمَنًا لِأَنَّ كُلَّ عَيْنٍ يُقَابِلُهُ الدَّرَاهِمُ
أَوْ الذَّنَانِيرُ فِي الْبَيْعِ هُوَ مِثْمَنٌ لَتَعْيْنِ الدَّرَاهِمِ وَالذَّنَانِيرِ لِلثَّمَنِ خِلْقَةً وَشَرْعًا.

وَلَا عَهْدَ لَنَا بِذَلِكَ فِي صُورَةٍ مِنْ صُورَةِ الْبَيَاعَاتِ فَالْقَوْلُ بِهِ تَغْيِيرٌ لِلْمَشْرُوعِ
فَحَكَمْنَا بِبُطْلَانِهِ (قَوْلُهُ ثُمَّ شَرِطَ أَنْ يَكُونَ الْقَبْضُ بِإِذْنِ الْبَائِعِ) إِشَارَةٌ إِلَى صِحَّةِ الْإِذْنِ
بِالدَّلَالَةِ، كَمَا إِذَا قَبَضَهُ بِمَجْلِسِ الْعَقْدِ بِحَضْرَتِهِ قَبْلَ الْإِفْتِرَاقِ وَلَمْ يَنْهَهُ فَإِنَّهُ يَصِحُّ

اسْتَحْسَانًا (قَوْلُهُ وَهُوَ الصَّحِيحُ) اخْتِرَازُ عَمَّا ذَكَرَهُ صَاحِبُ الْإِيضَاحِ، وَسَمَّاهُ الرَّوَايَةَ الْمَشْهُورَةَ فَقَالَ: وَمَا قَبْضُهُ بِغَيْرِ إِذْنِ الْبَائِعِ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ فَهُوَ كَمَا لَمْ يُقْبَضْ، وَهَذِهِ الرَّوَايَةُ هِيَ الْمَشْهُورَةُ. وَجْهُ الصَّحِيحِ أَنَّ الْبَيْعَ تَسْلِيطُ مِنْهُ عَلَى الْقَبْضِ، فَإِذَا قَبْضُهُ بِحَضْرَتِهِ قَبْلَ الْإِفْرَاقِ وَلَمْ يَنْتَهَ كَانَ بِحُكْمِ التَّسْلِيطِ السَّابِقِ فَيُكْتَفَى بِهِ، وَعَلَى هَذَا الْقَبْضِ فِي الْهَبَةِ فِي مَجْلِسِ الْعَقْدِ يَصِحُّ اسْتَحْسَانًا، وَعَلَى رَوَايَةِ صَاحِبِ الْإِيضَاحِ يَحْتَاجُ إِلَى الْفَرْقِ بَيْنَ الْهَبَةِ وَالْبَيْعِ الْفَاسِدِ، وَذَلِكَ بِأَنَّ الْعَقْدَ إِذَا وَقَعَ فَاسِدًا لَمْ يَتَضَمَّنْ تَسْلِيطًا عَلَى الْقَبْضِ لِأَنَّ التَّسْلِيطَ لَوْ ثَبَتَ إِنَّمَا يَثْبُتُ بِمُقْتَضَاهُ شَرْعًا وَالْفَاسِدُ يَجِبُ إِعْدَامُهُ فَلَمْ يَثْبُتِ الْمُتَضَيُّ وَهُوَ التَّسْلِيطُ عَلَى الْقَبْضِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا وَهَبَ فَإِنَّهُ يَكُونُ تَسْلِيطًا عَلَى الْقَبْضِ اسْتَحْسَانًا مَا دَامَ فِي الْمَجْلِسِ، لِأَنَّ التَّصَرُّفَ وَقَعَ صَحِيحًا فَجَازَ أَنْ يَكُونَ تَسْلِيطًا بِمُقْتَضَاهُ، وَإِنَّمَا يَتَوَقَّفُ عَلَى الْمَجْلِسِ لِأَنَّ الْقَبْضَ رُكْنٌ فِي بَابِ الْهَبَةِ وَأَنَّهُ يُنْزَلُ مَنَزِلَةُ الْقَبُولِ فِي حَقِّ الْحُكْمِ، فَكَمَا أَنَّ الْقَبُولَ يَتَوَقَّفُ عَلَى الْمَجْلِسِ فَكَذَا التَّسْلِيطُ عَلَى الْقَبْضِ يَتَوَقَّفُ عَلَيْهِ، وَشَرِطُ أَنْ يَكُونَ فِي الْعَقْدِ عَوْضَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَالٌ لِيَتَحَقَّقَ رُكْنُ الْبَيْعِ وَهُوَ مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ، فَيَخْرُجُ عَنْ هَذَا الْأَشْرَاطِ الْبَيْعُ بِالْمَيْتَةِ وَالْدِّمِ وَالْحُرِّ وَالرَّيْحِ الَّتِي تَهْبُ وَالْبَيْعُ مَعَ نَفْيِ الثَّمَنِ وَيُجْعَلُ الْكُلُّ بَاطِلًا لِعَدَمِ الْمَالِيَّةِ فِي هَذِهِ الْأَشْيَاءِ سِوَاءَ كَانَتْ ثَمَنًا أَوْ مِثْمَنًا، لَكِنْ ذَكَرَ جِهَةَ الْأَثْمَانِ لِيُعْلَمَ أَنَّهَا إِذَا كَانَتْ مَبِيعَةً كَانَ الْبَيْعُ أَوَّلَى بِالْبُطْلَانِ. وَقَوْلُهُ أَيُّ قَوْلِ الْقُدُورِيِّ لِرِمَّتِهِ قِيمَتُهُ: مَعْنَاهُ إِذَا كَانَ الْمَبِيعُ مِنْ ذَوَاتِ الْقِيمِ كَالْحَيَوَانَ وَالْعَدَدِيَّاتِ الْمُتَفَاوِيَةِ، فَأَمَّا فِي ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ كَالْمَكِيلَاتِ وَالْمَوْزُونَاتِ وَالْعَدَدِيَّاتِ الْمُتَقَارِبَةِ فَيَجِبُ الْمِثْلُ لِأَنَّهُ مَضْمُونٌ بِنَفْسِهِ بِالْقَبْضِ فَشَابَهُ الْعَصَبُ، وَالْحُكْمُ فِي الْعَصَبِ كَذَلِكَ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْمِثْلَ صُورَةٌ وَمَعْنَى أَعْدَلُ مِنَ الْمِثْلِ مَعْنَى فَلَا يُعْدَلُ عَنْهُ إِلَّا إِذَا تَعَذَّرَ.

قَالَ (وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَعَاقِدِينَ فَسْخُهُ) رَفْعًا لِلْفَسَادِ، وَهَذَا قَبْلَ الْقَبْضِ ظَاهِرٌ، لِأَنَّهُ لَمْ يُفِدْ حُكْمَهُ فَيَكُونُ الْفَسْخُ امْتِنَاعًا مِنْهُ، وَكَذَا بَعْدَ الْقَبْضِ إِذَا كَانَ الْفَسَادُ فِي صُلْبِ الْعَقْدِ لِقُوَّتِهِ، وَإِنْ كَانَ الْفَسَادُ بِشَرَطِ زَائِدٍ فَلَمَنْ لَهُ الشَّرْطُ ذَلِكَ دُونَ مَنْ عَلَيْهِ لِقُوَّةِ الْعَقْدِ، إِلَّا أَنَّهُ لَمْ تَتَحَقَّقْ الْمُرَاضَاةُ فِي حَقِّ مَنْ لَهُ الشَّرْطُ. قَالَ (فَإِنْ بَاعَهُ الْمُشْتَرِي نَفَذَ بَيْعَهُ)؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ فَمَلَكَ التَّصَرُّفَ فِيهِ وَسَقَطَ حَقُّ الْاسْتِرْدَادِ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الْعَبْدِ بِالثَّانِي

وَنَقِضَ الْأَوَّلَ لِحَقِّ الشَّرْعِ وَحَقِّ الْعَبْدِ مُقَدِّمَ لِحَاجَتِهِ وَلِأَنَّ الْأَوَّلَ مَشْرُوعٌ بِأَصْلِهِ دُونَ وَصْفِهِ، وَالثَّانِي مَشْرُوعٌ بِأَصْلِهِ وَوَصْفِهِ فَلَا يُعَارِضُهُ مُجَرَّدُ الْوَصْفِ؛ وَلِأَنَّهُ حَصَلَ بِتَسْلِيطٍ مِنْ جِهَةِ الْبَائِعِ، بِخِلَافِ تَصَرُّفِ الْمُشْتَرِي فِي الدَّارِ الْمَشْفُوعَةِ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حَقُّ الْعَبْدِ وَيَسْتَوِيَانِ فِي الْمَشْرُوعِيَّةِ وَمَا حَصَلَ بِتَسْلِيطٍ مِنَ الشَّفِيعِ.

الشرح:

قَالَ (وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ فَسْخُوهُ رَفْعًا لِلْفَسَادِ إِنْ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْ مُتَعَاقِدَيْ الْبَيْعِ الْفَاسِدُ لَهُ فَسْخُ الْبَيْعِ رَفْعًا لِلْفَسَادِ سَوَاءٌ كَانَ قَبْلَ الْقَبْضِ أَوْ بَعْدَهُ، أَمَّا إِذَا كَانَ قَبْلَ الْقَبْضِ فَلَمَّا تَقَدَّمَ أَنَّهُ لَمْ يُفْذَ الْحُكْمُ فَكَانَ الْفَسْخُ امْتِنَاعًا مِنْ أَنْ يُفِيدَ الْحُكْمَ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ بَعْدَهُ فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ الْفَسَادُ فِي صُلْبِ الْعَقْدِ: أَيِ لِمَعْنَى فِي أَحَدِ الْبَدَلَيْنِ كَبَيْعِ دِرْهَمٍ بِدِرْهَمَيْنِ وَبَيْعِ ثَوْبٍ بِخَمْرٍ، أَوْ لَشَرْطٍ فَاسِدٍ زَائِدٍ كَاشْتِرَاطِ مَا يَنْتَفِعُ بِهِ أَحَدُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ وَالْبَيْعِ إِلَى التَّيْرُوزِ وَالْمَهْرَجَانِ وَنَحْوِ ذَلِكَ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ كَانَ لِكُلِّ مِنْهُمَا فَسْخُوهُ بِحَضْرَةِ صَاحِبِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لِقُوَّةِ الْفَسَادِ. وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ بِحَضْرَتِهِ وَغَيْبَتِهِ. وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَلِكُلِّ مِنْهُمَا ذَلِكَ إِذَا كَانَ قَبْلَ الْقَبْضِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ بَعْدَهُ فَلِلَّذِي لَهُ الشَّرْطُ أَنْ يَفْسَخَهُ بِحَضْرَةِ صَاحِبِهِ إِذَا كَانَ الْمَبِيعُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي عَلَى حَالِهِ لَمْ يَزِدْ وَلَمْ يَنْقُصْ.

وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ فَفِيهِ تَفْصِيلٌ يُطْلَبُ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ، قِيلَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ قَوْلُ مُحَمَّدٍ. وَوَجْهُهُ مَا ذَكَرَهُ أَنَّ الْعَقْدَ قَوِيًّا فَكَانَ الْوَاجِبُ أَنْ لَا يَكُونَ لِأَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ حَقُّ الْفَسْخِ لَكِنَّ الرِّضَا لَمْ يَتَحَقَّقْ فِي حَقِّ مَنْ لَهُ الشَّرْطُ فَلَهُ أَنْ يَفْسَخَهُ، وَأَمَّا عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ حَقُّ الْفَسْخِ لِأَنَّهُ مُسْتَحَقٌّ حَقًّا لِلشَّرْعِ فَاتَّقَى الزُّرْمُ عَنْ الْعَقْدِ، وَفِي الْعَقْدِ الْغَيْرِ الْإِلَازِمِ يَتِمَكَّنُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ مِنْ فَسْخِهِ، كَذَا فِي الذَّخِيرَةِ وَالْإِيضَاحِ وَالْكَافِي، فَإِنْ بَاعَ الْمُشْتَرِي الْمَقْبُوضَ بِالشَّرَاءِ الْفَاسِدِ نَفَذَ بَيْعُهُ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِالْقَبْضِ، وَكُلُّ مَنْ مَلَكَ بِالْقَبْضِ شَيْئًا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِيهِ، سَوَاءٌ كَانَ تَصَرُّفًا لَا يَحْتَمِلُ النِّقْضَ كَالْإِعْتَاقِ وَالتَّذْيِيرِ، أَوْ يَحْتَمِلُهُ كَالْبَيْعِ وَالْهَبَةِ. وَرَدَّ بِأَنَّ الْمَبِيعَ لَوْ كَانَ مَأْكُولًا لَمْ يَحِلَّ أَكْلُهُ، وَلَوْ كَانَتْ جَارِيَةً لَمْ يَحِلَّ وَطُوعُهَا ذَكَرَهُ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ، فَلَمْ يَمْلِكِ التَّصَرُّفَ مُطْلَقًا.

وَأُجِيبَ بِالْمَنْعِ.

فَإِنَّ مُحَمَّدًا نَصَّ فِي كِتَابِ الاسْتِحْسَانِ عَلَى حِلِّ تَنَاوُلِهِ قَالَ لِأَنَّ الْبَائِعَ سَلَطَهُ عَلَى ذَلِكَ. وَذَكَرَ شَمْسُ الْأَيْمَةِ الْحُلَوَانِيُّ: يُكْرَهُ الْوِطْءُ وَلَا يَحْرُمُ، فَلَمَذْكُورُ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ يُحْمَلُ عَلَى عَدَمِ الطَّيِّبِ، وَلَكِنْ سَلَّمَ فَالْوِطْءُ مِمَّا لَا يُسْتَبَاحُ بِصَرِيحِ التَّسْلِيْطِ فَبِدَلَالَتِهِ أَوَّلَى، وَجَوَازُ التَّصَرُّفِ بِاعْتِبَارِ أَصْلِ الْمَلِكِ وَهُوَ يَنْفَكُ عَنْ صِفَةِ الْحِلِّ. وَإِذَا كَانَ الْبَيْعُ نَافِذًا سَقَطَ حَقُّ ارْتِدَادِ الْبَائِعِ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الْعَبْدِ؟ وَهُوَ الْمُشْتَرِي الثَّانِي بِالْبَيْعِ الثَّانِي وَتَقْضَى الْبَيْعُ الْأَوَّلُ لِحَقِّ الشَّرْعِ. وَإِذَا اجْتَمَعَ حَقُّ الشَّرْعِ وَحَقُّ الْعَبْدِ يُقَدِّمُ حَقُّ الْعَبْدِ لِحَاجَتِهِ وَغَنَى الشَّرْعِ، وَفِيهِ بَحْثٌ لِأَنَّ التَّصَرُّفَ إِنْ كَانَ إِجَارَةً أَوْ تَزْوِيجًا لَمْ يَسْقُطْ حَقُّ اسْتِرْدَادِهِ، وَكَذَا إِذَا مَاتَ الْمُشْتَرِي وَوَرِثَ وَارِثُهُ الْمُشْتَرِي وَإِنْ تَعَلَّقَ بِذَلِكَ حَقُّ الْعَبْدِ فَكَانَ ذَلِكَ تَحْكُمًا. وَأُجِيبَ عَنْ الْأَوَّلِ بِأَنَّ الْإِجَارَةَ عَقْدٌ ضَعِيفٌ يَفْسَخُ بِالْأَعْدَارِ وَفَسَادُ الشَّرَاءِ عُذْرٌ فِي فَسْخِهَا كَمَا يَأْتِي، وَلَمْ يَذْكُرْ مُحَمَّدٌ مَنْ يَفْسَخُهَا.

وَذَكَرَ فِي النُّوَادِرِ أَنَّ الْقَاضِيَ يَفْسَخُهَا، وَالتَّزْوِيْجُ يُشْبِهُ الْإِجَارَةَ لَوُرُودِهِ عَلَى الْمَنْفَعَةِ، وَالْبَيْعُ يَرُدُّ عَلَى مِلْكِ الرِّقَبَةِ وَالْفَسْخُ كَذَلِكَ، فَتَعَلُّقُ حَقِّ الزَّوْجِ بِالْمَنْفَعَةِ لَا يَمْنَعُ الْفَسْخَ عَلَى الرِّقَبَةِ وَالتَّكَاحِ عَلَى حَالِهِ قَائِمٌ. وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ مِلْكَ الْوَارِثِ فِي حُكْمِ عَيْنٍ مَا كَانَ لِلْمُورُوثِ وَهَذَا يَرُدُّ بِالْعَيْبِ وَيَرُدُّ عَلَيْهِ، وَذَلِكَ الْمَلِكُ كَانَ مُسْتَحَقَّ التَّقْضِ فَاتَّقَلَّ إِلَى الْوَارِثِ كَذَلِكَ، حَتَّى لَوْ مَاتَ الْبَائِعُ كَانَ لَوَارِثِهِ أَنْ يَسْتَرِدَّ الْمَبِيعَ مِنَ الْمُشْتَرِي بِحُكْمِ الْفَسَادِ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَى الْمُشْتَرِي بِالْمُشْتَرَى لِشَخْصٍ ثُمَّ مَاتَ حَيْثُ لَمْ يَبْقَ لِلْبَائِعِ حَقُّ الاسْتِرْدَادِ مِنَ الْمُوصَى لَهُ لِأَنَّ الْمُوصَى لَهُ بِمَنْزِلَةِ الْمُشْتَرِي الثَّانِي فِي ثُبُوتِ مِلْكٍ مُتَّحِدٍ لَهُ سَبَبُ اخْتِيَارِيٍّ لَيْسَ فِي حُكْمِ عَيْنٍ مَا كَانَ لِلْمُوصَى وَهَذَا لَا يَرُدُّ بِالْعَيْبِ.

فَإِنْ قِيلَ: قَوْلُهُمْ إِذَا اجْتَمَعَ الْحَقَّانِ يُقَدِّمُ حَقُّ الْعَبْدِ مَنْقُوضٌ بِمَا إِذَا كَانَ فِي يَدِ حَالِلٍ صَيِّدٌ ثُمَّ أُحْرِمَ فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ إِرسَالُهُ وَفِيهِ تَقْدِيمُ حَقِّ الشَّرْعِ. أُجِيبَ بِأَنَّ الْوَاجِبَ فِيهِ الْجَمْعُ بَيْنَ الْحَقِّينِ لِإِمْكَانِهِ أَنَّهُ بِالْإِرسَالِ فِي مَوْضِعٍ لَا يَضِيعُ مِلْكُهُ لَا التَّرْجِيْحُ فَإِنَّهُ إِنَّمَا يُصَارُ إِلَيْهِ إِذَا امْتَنَعَ الْجَمْعُ (قَوْلُهُ وَلَئِنْ الْأَوَّلَ) دَلِيلٌ آخَرُ عَلَى سَقُوطِ حَقِّ اسْتِرْدَادِ الْبَائِعِ. وَوَجْهُهُ أَنَّ الْبَيْعَ الْأَوَّلَ مَشْرُوعٌ بِأَصْلِهِ دُونَ وَصْفِهِ لَمَّا تَقَدَّمَ مِنْ مَعْرِفَةِ مَا هِيَ الْفَاسِدُ عِنْدَنَا، وَالْبَيْعُ الثَّانِي مَشْرُوعٌ بِأَصْلِهِ وَوَصْفِهِ إِذْ لَا خَلَلَ فِيهِ لَا فِي

رُكْنِهِ وَلَا فِي عَوَارِضِهِ فَلَا يُعَارِضُهُ مُجَرَّدُ الْوَصْفِ.

وَحَاصِلُهُ أَنَّ الْفَاسِدَ لَا يُعَارِضُ الصَّحِيحَ (قَوْلُهُ وَلَا أَنَّهُ حَصَلَ بِتَسْلِيطٍ مِنْ جِهَةِ الْبَائِعِ) دَلِيلٌ آخَرُ عَلَى ذَلِكَ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ الْبَيْعَ الثَّانِيَّ حَصَلَ بِتَسْلِيطِ الْبَائِعِ الْأَوَّلِ حَيْثُ كَانَ الْقَبْضُ بِإِذْنِهِ، فَاسْتِرْدَادُهُ نَقْضُ مَا تَمَّ مِنْ جِهَتِهِ وَذَلِكَ بَاطِلٌ. وَتَوْقُضُ بِاسْتِرْدَادِهِ قَبْلَ وَجُودِ الْبَيْعِ الثَّانِي فَإِنَّهُ نَقْضُ مَا تَمَّ مِنْ جِهَتِهِ. وَالْجَوَابُ أَنَّا لَا نُسَلِّمُ التَّمَامَ فِيهِ، فَإِنَّ كُلًّا مِنَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ يَمْلِكُ الْفَسْخَ فَأَيُّنَ التَّمَامِ، فَإِذَا بَاعَ الْمُشْتَرِي فَقَدْ انْتَهَى مِلْكُهُ وَهَذَا لَا يَمْلِكُ الْفَسْخَ وَالْمَنْهِيُّ مُقَرَّرٌ. وَإِذَا تَقَرَّرَ فَقَدْ تَمَّ وَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ إِلَّا مِنْهُ ابْتِدَاءً فَيَكُونُ الْاسْتِرْدَادُ نَقْضًا لِمَا تَمَّ مِنْ جِهَتِهِ (قَوْلُهُ بِخِلَافِ تَصَرُّفِ الْمُشْتَرِي) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ لَوْ كَانَ تَعَلَّقَ حَقُّ الْغَيْرِ بِالْمُشْتَرِي مَانِعًا عَنْ نَقْضِ التَّصَرُّفِ لَمْ يَنْقُضْ تَصَرُّفَاتِ الْمُشْتَرِي فِي الدَّارِ الْمَشْفُوعَةِ مِنَ الْبَيْعِ وَالْهَبَةِ وَالْبِنَاءِ وَغَيْرِهَا لَتَعَلَّقَ حَقُّهَا بِهَا لَكِنْ لِلشَّفِيعِ أَنْ يَنْقُضَهَا. وَتَوْجِيهِ الْجَوَابِ مَا قَالِ إِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ حَقِّ الْمُشْتَرِي وَالشَّفِيعِ حَقُّ الْعَبْدِ وَيَسْتَوِيَانِ فِي الْمَشْرُوعَةِ فَيَجُوزُ نَقْضُ أَحَدِهِمَا لِلآخَرِ بِدَلِيلِ يَنْقُضِيهِ.

وَحَاصِلُهُ أَنَّ تَعَلَّقَ حَقُّ الْغَيْرِ إِلَّا مَا يَمْنَعُ النُّقْضَ إِذَا كَانَ فِي مُقَابَلَتِهِ مَا هُوَ مَرْجُوحٌ عِنْدَهُ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ مَا هُوَ رَاجِحٌ فَلَا يَمْنَعُ وَحَقُّ الشَّفِيعِ رَاجِحٌ لِأَنَّهُ عِنْدَ صِحَّةِ الْأَخْذِ تَحْوُلُ الصَّفَقَةُ إِلَيْهِ فَتَبْقَى تَصَرُّفَاتُ الْمُشْتَرِي بِلا سَنْدٍ فَيَنْقُضُ، وَلِأَنَّهُ مَا حَصَلَ التَّسْلِيطُ مِنْ جِهَةِ الشَّفِيعِ لِيَكُونَ نَقْضُهُ نَقْضًا لِمَا تَمَّ مِنْ جِهَتِهِ، وَهَذَا لِأَنَّ التَّسْلِيطَ إِلَّا مَا يَثْبُتُ بِالِإِذْنِ أَوْ بِإِثْبَاتِ الْمَلِكِ الْمُطْلَقِ لِلتَّصَرُّفِ وَلَمْ يُوجَدْ مِنَ الشَّفِيعِ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا بِخَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ فَقَبَضَهُ وَأَعْتَقَهُ أَوْ بَاعَهُ أَوْ هَبَهُ وَسَلَّمَهُ فَهُوَ جَائِزٌ وَعَلَيْهِ الْقِيَمَةُ) لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّهُ مِلْكُهُ بِالْقَبْضِ فَتَتَفَنَّدُ تَصَرُّفَاتُهُ، وَبِالْإِعْتِاقِ قَدْ هَلَكَ فَتَلَزَمَ الْقِيَمَةُ، وَبِالْبَيْعِ وَالْهَبَةِ انْقَطَعَ الْاسْتِرْدَادُ عَلَى مَا مَرَّ، وَالْكِتَابَةُ وَالرَّهْنُ نَظِيرُ الْبَيْعِ؛ لِأَنَّهُمَا لَازِمَانِ. إِلَّا أَنَّهُ يَعُودُ حَقُّ الْاسْتِرْدَادِ بِعَجْزِ الْمَكَاتِبِ وَفَكَ الرَّهْنُ لِرُزَالِ الْمَانِعِ. وَهَذَا بِخِلَافِ الْإِجَارَةِ؛ لِأَنَّهَا تُفْسَخُ بِالْأَعْدَارِ، وَرَفْعُ الْفَسَادِ عُدْرٌ؛ وَلِأَنَّهَا تَتَعَقَّدُ شَيْئًا فَشَيْئًا فَيَكُونُ الرَّدُّ امْتِنَاعًا.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا بِخَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ فَقَبَضَهُ إلخ) وَمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا بِخَمْرٍ أَوْ

خَنْزِيرٍ فَقَبْضُهُ بِإِذْنِ الْبَائِعِ وَأَعْتَقَهُ أَوْ بَاعَهُ بَيْعًا صَحِيحًا وَأَعَادَ لَفْظَ الْبَيْعِ كَرَاهَةً أَنْ يُغَيَّرَ لَفْظُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ لَوْ تَرَكَهُ (أَوْ وَهَبَهُ وَسَلَّمَهُ فَهُوَ) أَيُّ مَا فَعَلَ مِنْ هَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ (جَائِزٌ وَعَلَيْهِ الْقِيَمَةُ) أَمَّا جَوَازُهُ فَ (لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّهُ مَلَكَهُ بِالْقَبْضِ) وَالْمَلِكُ مُطْلَقُ التَّصَرُّفِ فَيَنْفَعُ، وَأَمَّا وَجُوبُ الْقِيَمَةِ فَلَمَّا تَقَدَّمَ أَنَّهُ مَضْمُونٌ بِنَفْسِهِ بِالْقَبْضِ فَشَابَهُ الْعَصَبُ (وَبِالِإِعْتِاقِ قَدْ هَلَكَ) فَصَارَ كَمَعْصُوبٍ هَلَكَ وَفِيهِ الْقِيَمَةُ (وَبِالْهَبَةِ) وَالتَّسْلِيمِ (وَالْبَيْعِ) انْقَطَعَ حَقُّ الاسْتِرْدَادِ عَلَى مَا مَرَّ أَنْفًا مِنْ قَوْلِهِ لَتَعْلُقَ حَقَّ الْعَبْدِ بِالثَّانِي (وَالْكِتَابَةِ) وَالرَّهْنُ تَطْيِيرُ الْبَيْعِ لِأَهْمَا لِازِمَانِ فَإِنَّ الرَّهْنَ إِذَا انْصَلَّ بِالْقَبْضِ صَارَ لَازِمًا فِي حَقِّ الرَّاهِنِ كَالْكِتَابَةِ فِي حَقِّ الْمَوْلَى (إِلَّا أَنْ حَقَّ الاسْتِرْدَادِ يَعُودُ بِعَجْزِ الْمُكَاتِبِ وَفَكَ الرَّهْنُ لَزُوَالِ الْمَانِعِ) وَهُوَ تَعْلُقُ حَقَّ الْعَبْدِ.

قِيلَ وَلَيْسَ لِتَخْصِيصِهِمَا فِي عَوْدِ الاسْتِرْدَادِ فَائِدَةٌ زَائِدَةٌ. فَإِنَّهُ ثَابِتٌ فِي جَمِيعِ الصُّوَرِ إِذَا تَقَضَّى التَّصَرُّفَاتِ. حَتَّى لَوْ رُدَّ الْمَبِيعُ بِعَيْبٍ قَبْلَ الْقَضَاءِ بِالْقِيَمَةِ أَوْ رَجَعَ الْوَاهِبُ فِي هَبْتِهِ عَادَ لِلْبَائِعِ وَلَايَةُ الاسْتِرْدَادِ لِعَوْدِ قَلْبِهِ مَلَكَهُ إِلَيْهِ، ثُمَّ عَوْدُ حَقِّ الاسْتِرْدَادِ فِي جَمِيعِ الصُّوَرِ إِلَّا مَا يَكُونُ إِذَا لَمْ يَقْضَ عَلَى الْمُشْتَرِي بِالْقِيَمَةِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ بَعْدَ الْقَضَاءِ بِذَلِكَ فَقَدْ تَحَوَّلَ الْحَقُّ إِلَى الْقِيَمَةِ فَلَا يَعُودُ إِلَى الْعَيْنِ كَمَا إِذَا قَضَى عَلَى الْعَائِبِ بِقِيَمَةِ الْمَعْصُوبِ الْأَبْقَى ثُمَّ عَادَ (قَوْلُهُ وَهَذَا) أَيُّ انْقِطَاعِ الاسْتِرْدَادِ بِالتَّصَرُّفَاتِ الْمَذْكُورَةِ (بِخِلَافِ الْإِجَارَةِ) فَإِنَّ حَقَّ الاسْتِرْدَادِ فِيهَا لَا يَنْقَطِعُ لَمَّا ذَكَرْنَا (أَنَّهَا تُنْفَسَخُ بِالْأَعْذَارِ، وَرَفَعُ الْفَسَادِ مِنْ أَقْوَى الْأَعْذَارِ وَلَئِنْهَا تُنْعَقِدُ شَيْئًا فَشَيْئًا فَيَكُونُ الرَّدُّ امْتِنَاعًا) وَلَعَلَّ فِي الْجَوَائِبِ إِشَارَةً إِلَى الْمَذْهَبَيْنِ فِيهَا.

قَالَ (وَلَيْسَ لِلْبَائِعِ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ أَنْ يَأْخُذَ الْمَبِيعَ حَتَّى يَرُدَّ الثَّمَنَ)؛ لِأَنَّ الْمَبِيعَ مُقَابِلَ بِهِ فَيَصِيرُ مَحْبُوسًا بِهِ كَالرَّهْنِ (وَأِنْ مَاتَ الْبَائِعُ فَالْمُشْتَرِي أَحَقُّ بِهِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ)؛ لِأَنَّهُ يُقَدِّمُ عَلَيْهِ فِي حَيَاتِهِ، فَكَذَا عَلَى وَرَثَتِهِ وَغَرَمَائِهِ بَعْدَ وَفَاتِهِ كَالرَّاهِنِ ثُمَّ إِنْ كَانَتْ دَرَاهِمُ الثَّمَنِ قَائِمَةً يَأْخُذُهَا بِعَيْنِهَا؛ لِأَنَّهَا تَتَعَيَّنُ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ، وَهُوَ الْأَصَحُّ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْعَصَبِ، وَإِنْ كَانَتْ مُسْتَهْلَكَةً أَخَذَ مِثْلَهَا لَمَّا بَيَّنَّا.

الشرح:

قَالَ (وَلَيْسَ لِلْبَائِعِ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ أَنْ يَأْخُذَ الْمَبِيعَ حَتَّى يَرُدَّ الثَّمَنَ) قَالَ فِي

النَّهَایَةُ: أَيْ الْقِيَمَةُ الَّتِي أَخَذَهَا مِنَ الْمُشْتَرِي وَلَيْسَ بِوَاضِحٍ، بَلِ الْمُرَادُ بِهِ مَا أَخَذَهُ الْبَائِعُ فِي مُقَابَلَةِ الْمَبِيعِ عَرْضًا كَانَ أَوْ تَقْدَا ثَمَنًا كَانَ أَوْ قِيَمَةً. وَهَذَا الْحُكْمُ ثَابِتٌ فِي الْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ أَيْضًا وَغَيْرِهَا (فَيَصِيرُ الْمَبِيعُ مَحْبُوسًا بِالْمَقْبُوضِ) فَكَانَ لَهُ وَلَايَةٌ أَنْ لَا يَدْفَعَ الْمَبِيعُ إِلَى أَنْ يَأْخُذَ الثَّمَنَ مِنَ الْبَائِعِ كَمَا فِي الرَّهْنِ، لَكِنَّهُ يُفَارِقُهُ مِنْ وَجْهِ آخَرَ وَهُوَ أَنَّ الرَّهْنَ مَضْمُونٌ بِقَدْرِ الدَّيْنِ لَا غَيْرُ، وَهَاهُنَا الْمَبِيعُ مَضْمُونٌ بِجَمِيعِ قِيَمَتِهِ كَمَا فِي الْعَصَبِ (وَأِنْ مَاتَ الْبَائِعُ فَلِلْمُشْتَرِي أَحَقُّ بِهِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ لِأَنَّهُ يُقَدَّمُ عَلَيْهِ حَالِ حَيَاتِهِ) لَمَّا تَقَدَّمَ مِنْ أَنْ لِلْمُشْتَرِي حَقٌّ مَنَعَ الْبَائِعَ مِنَ الْمَبِيعِ إِلَى أَنْ يَأْخُذَ مَا أَدَّى إِلَيْهِ، وَكُلُّ مَنْ يُقَدَّمُ عَلَيْهِ حَالِ حَيَاتِهِ يُقَدَّمُ عَلَى غُرْمَائِهِ وَوَرَثَتِهِ بَعْدَ وَفَاتِهِ كَالْمُرْتَهِنِ، فَإِنَّ الرَّاهِنَ إِذَا مَاتَ وَلَهُ وَرَثَةٌ وَغُرْمَاءُ فَالْمُرْتَهِنُ أَحَقُّ بِالرَّهْنِ مِنَ الْوَرَثَةِ وَالْغُرْمَاءِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الدَّيْنَ (ثُمَّ إِنْ كَانَتْ دَرَاهِمُ الثَّمَنِ قَائِمَةً يَأْخُذُهَا بَعِينُهَا لِأَنَّهَا) فِيهِ (تَتَّعَيْنُ) بِالتَّعْيِينِ عَلَى رِوَايَةِ أَبِي سُلَيْمَانَ (وَهُوَ الْأَصَحُّ) وَعَلَى رِوَايَةِ أَبِي حَفْصٍ لَا تَتَّعَيْنُ، وَالْقَبْضُ الْفَاسِدُ وَهُوَ دَرَاهِمُ بِدَرَاهِمَ إِلَى أَجَلٍ فِي تَعْيِينِ الْمَقْبُوضِ لِلرَّدِّ عَلَى الرَّوَاتِبَيْنِ، وَجْهُ رِوَايَةِ أَبِي حَفْصٍ الْإِعْتِبَارُ بِالْبَيْعِ الصَّحِيحِ. وَوَجْهُ رِوَايَةِ أَبِي سُلَيْمَانَ مَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ أَنَّ الثَّمَنَ فِي يَدِ الْبَائِعِ بِمَنْزِلَةِ الْمَعْصُوبِ فِي كَوْنِهِمَا مَقْبُوضَيْنِ لَا عَلَى وَجْهِ مَشْرُوعٍ.

وَقِيلَ فِي حُكْمِ التَّقْضِ وَالْإِسْتِرْدَادِ وَالْذَّرَاهِمِ الْمَعْصُوبَةِ تَتَّعَيْنُ لِلرَّدِّ يَجِبُ رَدُّ عَيْنِهَا إِذَا كَانَتْ قَائِمَةً (وَأِنْ كَانَتْ مُسْتَهْلَكَةً أَخَذَ مِثْلَهَا لَمَّا بَيَّنَّا) أَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْمَعْصُوبِ وَالْحُكْمُ فِيهِ كَذَلِكَ. وَذَكَرَ فِي الْفَوَائِدِ الظَّهْرِيَّةِ أَنَّ الْمَبِيعَ يُبَاعُ لِحَقِّ الْمُشْتَرِي. فَإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ يُصْرَفُ إِلَى الْغُرْمَاءِ كَمَا فِي بَيْعِ الرَّهْنِ بِالْأَدْيَانِ.

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ دَارًا بَبْعًا فَاسِدًا فَبَنَاهَا الْمُشْتَرِي فَعَلَيْهِ قِيَمَتُهَا) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَرَوَاهُ يَعْقُوبُ عَنْهُ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ ثُمَّ شَكَ بَعْدَ ذَلِكَ فِي الرَّوَايَةِ. (وَقَالَا: يُنْقَضُ الْبِنَاءُ وَتُرَدُّ الدَّارُ) وَالْغَرَسُ عَلَى هَذَا الْإِخْتِلَافِ. لُهُمَا أَنْ حَقَّ الشَّفِيعِ أَوْ أَوْفَرُ مِنْ حَقِّ الْبَائِعِ حَتَّى يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى الْقَضَاءِ وَيَبْطُلُ بِالتَّأْخِيرِ، بِخِلَافِ حَقِّ الْبَائِعِ، ثُمَّ أَوْفَرُ الْحَقِّينِ لَا يَبْطُلُ بِالْبِنَاءِ فَاقْوَاهُمَا أُولَى، وَلَهُ أَنْ الْبِنَاءُ وَالْغَرَسُ مِمَّا يُقْصَدُ بِهِ الدَّوَامُ وَقَدْ حَصَلَ بِتَسْلِيطٍ مِنْ جِهَةِ الْبَائِعِ فَيَنْقَطِعُ حَقُّ الْإِسْتِرْدَادِ كَالْبَيْعِ، بِخِلَافِ حَقِّ الشَّفِيعِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوْجَدْ مِنْهُ التَّسْلِيطُ وَلِهَذَا لَا يَبْطُلُ بِهَبَةِ الْمُشْتَرِي وَبَيْعِهِ فَكَذَا بِبِنَائِهِ وَشَكَ يَعْقُوبُ

فِي حِفْظِ الرُّوَايَةِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَدْ نَصَّ مُحَمَّدٌ عَلَى الْاِخْتِلَافِ فِي كِتَابِ الشُّفْعَةِ فَإِنَّ حَقَّ الشُّفْعَةِ مَبْنِيٌّ عَلَى انْقِطَاعِ حَقِّ الْبَائِعِ بِالْبِنَاءِ وَثُبُوتِهِ عَلَى الْاِخْتِلَافِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ دَارًا بَيْعًا فَاسِدًا فَبَنَاهَا الْمُشْتَرِي فَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يُنْقَضُ الْبِنَاءُ وَتُرَدُّ الدَّارُ) وَكَذَا إِذَا اشْتَرَى أَرْضًا وَغَرَسَ فِيهَا. وَذَكَرَ فِي الْإِيضَاحِ أَنَّ قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ هَذَا هُوَ قَوْلُهُ الْأَوَّلُ وَقَوْلُهُ آخِرًا مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ (لَهُمَا أَنَّ حَقَّ الشُّفْعِ أَوْضَعُ مِنْ حَقِّ الْبَائِعِ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى الْقَضَاءِ) أَوْ الرِّضَا (وَيُطْلُ بِالتَّأْخِيرِ) وَلَا يُورَثُ (بِخِلَافِ حَقِّ الْبَائِعِ) فَإِنَّهُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى ذَلِكَ، وَقَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ الْبَائِعَ بَيْنَمَا فَاسِدًا إِذَا مَاتَ كَانَ لَوَرَثَتِهِ الْاِسْتِرْدَادُ، وَالْأَضْعَفُ إِذَا لَمْ يُطْلُ بِشَيْءٍ فَلِأَقْوَى لَا يُطْلُ بِهِ وَهُوَ بِدِيهِ، وَحَقُّ الشُّفْعِ لَا يُطْلُ الْبِنَاءُ وَالْعَرَسَ فَحَقُّ الْبَائِعِ كَذَلِكَ (وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْبِنَاءَ وَالْعَرَسَ حَصَلَ لِلْمُشْتَرِي بِتَسْلِيْطٍ مِنْ جِهَةِ الْبَائِعِ) وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ (يُنْقَطِعُ بِهِ حَقُّ الْاِسْتِرْدَادِ كَالْبَيْعِ) الْحَاصِلُ مِنَ الْمُشْتَرِي (بِخِلَافِ الشُّفْعِ إِذِ التَّسْلِيْطُ لَمْ يُوْجَدْ مِنْهُ) وَلِهَذَا لَوْ وَهَبَهَا الْمُشْتَرِي لَمْ يُطْلُ حَقُّ الشُّفْعِ، وَكَذَا لَوْ بَاعَهَا مِنْ آخَرٍ فَإِنَّهُ يَأْخُذُ بِالشُّفْعَةِ بِالْبَيْعِ الثَّانِي بِالثَّمَنِ أَوْ بِالْأَوَّلِ بِالْقِيَمَةِ وَإِنْ كَانَ لَا شُفْعَةَ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ لِأَنَّ حَقَّ الْبَائِعِ قَدْ انْقَطَعَ هَاهُنَا، وَعَلَى هَذَا صَارَ حَقُّ الشُّفْعِ لِعَدَمِ التَّسْلِيْطِ مِنْهُ أَقْوَى مِنْ حَقِّ الْبَائِعِ لَوْجُودِهِ مِنْهُ، وَهَذَا التَّقْرِيرُ يُبَيِّنُكَ أَنَّ قَوْلَهُ مِمَّا يُقْصَدُ بِهِ الدَّوَامُ لَا مَدْخَلَ لَهُ فِي الْحُجَّةِ. قِيلَ: وَإِنَّمَا أَدْخَلُهُ فِيهَا إِشَارَةً إِلَى الْاِحْتِرَازِ عَنِ الْإِجَارَةِ، فَإِنَّ الْبِنَاءَ وَالْعَرَسَ بِالْإِجَارَةِ لَا يُقْصَدُ بِهِمَا الدَّوَامُ، وَلَعَلَّهُ ذَكَرَهُ لِأَنَّهُ يَلْحَقُهُ بِالْبَيْعِ فِي كَوْنِهِ مِنْهَا مُقَرَّرًا لِأَنَّهُ لَمَّا قُصِدَ بِهِ الدَّوَامُ أَشْبَهَ الْبَيْعَ فَكَانَ مِنْهَا لِلْمَلِكِ فَيَنْقَطِعُ بِهِ حَقُّ الْاِسْتِرْدَادِ كَالْبَيْعِ، وَإِذَا ثَبَتَ هَذَا كَانَ لِلشُّفْعِ أَنْ يَأْخُذَ بِالشُّفْعَةِ لَانْقِطَاعِ حَقِّ الْبَائِعِ فِي الْاِسْتِرْدَادِ بِالْبِنَاءِ لَصِرُّوْرَتِهِ حِينَئِذٍ بِمَنْزِلَةِ الْبَيْعِ الصَّحِيحِ فَيَنْقَضُ الشُّفْعُ بِنَاءِ الْمُشْتَرِي. وَاعْتَرِضَ بَأَنَّهُ إِذَا وَجَبَ نَقْضُ الْبِنَاءِ لِحَقِّ الشُّفْعِ وَفِيهِ تَقْرِيرُ الْعَقْدِ الْفَاسِدِ وَجَبَ نَقْضُهُ لِحَقِّ الْبَائِعِ بِالطَّرِيقِ الْأَوَّلِ لِأَنَّهُ فِيهِ إِعْدَامُ الْفَاسِدِ. وَإِذَا تَوَمَّلَ مَا ذَكَرَ فَلَيْسَ بِوَارِدٍ، إِذِ الْبَائِعُ مُسَلِّطٌ دُونَ الشُّفْعِ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ نَقْضِهِ لَمَنْ لَيْسَ بِمُسَلِّطٍ نَقْضُهُ مُسَلِّطٌ فَاتَّفَقَتْ الْأَوَّلِيَّةُ وَبَطَلَتْ الْمُلَازِمَةُ.

واعترض أيضاً بأنه إذا نُقِضَ البناءُ لحَقِّ الشَّفِيعِ وَجَبَ عَوْدُ حَقِّ الْبَائِعِ فِي الاسْتِرْدَادِ لَوْجُودِ الْمُقْتَضَى وَهُوَ الْعَقْدُ الْفَاسِدُ وَانْتِفَاءُ الْمَانِعِ وَهُوَ الْبِنَاءُ، كَمَا إِذَا بَاعَ الْمُشْتَرِي شِرَاءً فَاسِداً بَيْعاً صَحِيحاً وَرُدَّ عَلَيْهِ الْمِيعُ بِمَا هُوَ فَسَخٌ.

وَأُجِيبَ بِوُجُودِ مَانِعٍ آخَرَ فَإِنَّ الْمَانِعَ مِنَ الْاسْتِرْدَادِ إِثْمًا يَنْتَفِي بِعَدِّ ثُبُوتِ الْمَلِكِ لِلشَّفِيعِ وَأَنَّهُ مَانِعٌ آخَرٌ مِنَ الْاسْتِرْدَادِ، وَهَذَا لِأَنَّ التَّقْضَ إِثْمًا وَجَبَ ضَرُورَةُ إِبْقَاءِ حَقِّ الشَّفِيعِ فَصَارَ التَّقْضُ مُقْتَضًى صَحَّةِ التَّسْلِيمِ إِلَى الشَّفِيعِ فَلَمْ يَجْزُ أَنْ يَثْبُتَ الْمُقْتَضَى عَلَى وَجْهِ يَبْطُلُ بِهِ الْمُقْتَضَى وَهُوَ التَّسْلِيمُ إِلَى الشَّفِيعِ. رُوي وَجُوبُ الْقِيَمَةِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَيَعْقُوبَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، ثُمَّ شُكَّ بَعْدَ ذَلِكَ فِي حِفْظِ الرَّوَايَةِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ لَا فِي مَذْهَبِهِ. وَالذَّلِيلُ عَلَى أَنَّ مَذْهَبَهُ ذَلِكَ تَنْصِصُ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَى الْاِخْتِلَافِ فِي كِتَابِ الشُّفْعَةِ أَنَّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ لِلشَّفِيعِ الشُّفْعَةُ فِي هَذِهِ الدَّارِ الَّتِي اشْتَرَاهَا الْمُشْتَرِي شِرَاءً فَاسِداً وَبَنَى فِيهَا أَوْ غَرَسَ، وَعِنْدَهُمَا لَا شُّفْعَةَ لِلشَّفِيعِ فِيهَا وَحَقُّ اسْتِحْقَاقِ الشُّفْعَةِ مَبْنِيٌّ عَلَى انْقِطَاعِ حَقِّ الْبَائِعِ فِي الْاسْتِرْدَادِ بِالْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ وَثُبُوتُهُ مُخْتَلَفٌ فِيهِ، فَمَنْ قَالَ بِثُبُوتِهِ قَالَ بِانْقِطَاعِ حَقِّ الْبَائِعِ، وَمَنْ قَالَ بِانْتِفَائِهِ قَالَ بِعَدَمِ انْقِطَاعِ حَقِّ الْبَائِعِ لِأَنَّ وُجُودَ الْمَلْزُومِ بِدُونِ لَازِمِهِ مُحَالٌ، وَعَلَى هَذَا فَمَنْ حَفِظَ مَذْهَبَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي ثُبُوتِ الشُّفْعَةِ لَا يَشْكُ فِي مَذْهَبِهِ فِي انْقِطَاعِ حَقِّ الْبَائِعِ فِي الْاسْتِرْدَادِ فَلَمْ يَبْقَ الشَّكُّ إِلَّا فِي رِوَايَتِهِ عَنْهُ لِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمُ اللَّهُ. قَالَ شَمْسُ الْأُيُمَةِ السَّرْحَسِيُّ: هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ هِيَ الْمَسْأَلَةُ الثَّلَاثَةُ الَّتِي جَرَتْ الْمَحَاوَرَةُ فِيهَا بَيْنَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ قَالَ أَبُو يُوسُفَ: مَا رَوَيْتَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَأْخُذُ قِيَمَتَهَا، وَإِنَّمَا رَوَيْتَ لَكَ أَنَّ يُنْقَضَ الْبِنَاءُ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: بَلْ رَوَيْتَ لِي عَنْهُ أَنَّهُ يَأْخُذُ قِيَمَتَهَا، وَهَذَا كَمَا تَرَى يُشِيرُ إِلَى أَنَّ الشَّكَّ كَانَ فِي الرَّوَايَةِ حَيْثُ لَمْ يَقُلْ مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ كَذَا، وَإِنَّمَا قَالَ مَا رَوَيْتَ وَفِيهِ تَأْمُلٌ. وَلَمَّا كَانَ هَذَا الْمَوْضِعُ مُحْتَاجًا إِلَى تَوْكِيدِ كَرَّرَ الْمُصَنِّفُ قَوْلَهُ (شَكَّ يَعْقُوبُ فِي الرَّوَايَةِ) وَفِي كَلَامِهِ نَوْعُ الْإِعْلَاقِ لِأَنَّهُ قَالَ: رَوَاهُ يَعْقُوبُ عَنْهُ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ، وَالرَّوَايِ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ عَنْهُ مُحَمَّدٌ لِأَنَّهُ تَصْنِيفُهُ، إِلَّا إِذَا أُريدَ بِالْجَامِعِ الصَّغِيرِ الْمَسَائِلُ الَّتِي رَوَاهَا يَعْقُوبُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ لِمُحَمَّدٍ

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً بَيْعاً فَاسِداً وَتَقَابَضَا فَبَاعَهَا وَرَبِحَ فِيهَا تَصَدَّقَ بِالرَّبِيحِ

وَيَطِيبُ لِلْبَائِعِ مَا رَجَحَ فِي الثَّمَنِ) وَالْفَرْقُ أَنَّ الْجَارِيَةَ مِمَّا يَتَعَيَّنُ فَيَتَعَلَّقُ الْعَقْدُ بِهَا فَيَتِمَّ كُنُ الْخُبْتُ فِي الرِّيحِ، وَالْدَّرَاهِمُ وَالْذَنَانِيرُ لَا يَتَعَيَّنَانِ عَلَى الْعُقُودِ فَلَمْ يَتَعَلَّقِ الْعَقْدُ الثَّانِي بِعَيْنِهَا فَلَمْ يَتِمَّ كُنُ الْخُبْتُ فَلَا يَجِبُ التَّصَدُّقُ، وَهَذَا فِي الْخُبْتُ الَّذِي سَبَبُهُ فَسَادُ الْمَلِكِ، أَمَّا الْخُبْتُ لَعَدَمِ الْمَلِكِ فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ يَشْمَلُ النَّوعَيْنِ لَتَعَلُّقِ الْعَقْدِ فِيهِمَا يَتَعَيَّنُ حَقِيقَةً، وَفِيمَا لَا يَتَعَيَّنُ شُبْهَةً مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِهِ سَلَامَةُ الْمُبِيعِ أَوْ تَقْدِيرُ الثَّمَنِ، وَعِنْدَ فَسَادِ الْمَلِكِ تَنْقَلِبُ الْحَقِيقَةُ شُبْهَةً وَالشُّبْهَةُ تَنْزِلُ إِلَى شُبْهَةِ الشُّبْهَةِ، وَالشُّبْهَةُ هِيَ الْمُعْتَبَرَةُ دُونَ النَّازِلِ عَنْهَا. قَالَ (وَكَذَلِكَ إِذَا ادَّعَى عَلَى آخَرٍ مَا لَا فَقْضَاهُ إِيَّاهُ، ثُمَّ تَصَادَقَا أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ شَيْءٌ وَقَدْ رَجَحَ الْمُدَّعِي فِي الدَّرَاهِمِ يَطِيبُ لَهُ الرِّيحُ)؛ لِأَنَّ الْخُبْتُ لِفَسَادِ الْمَلِكِ هَاهُنَا؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ وَجِبَ بِالتَّسْمِيَةِ ثُمَّ أُسْتَحِقَّ بِالتَّصَادُقِ، وَبَدَلُ الْمُسْتَحَقِّ مَمْلُوكٌ فَلَا يَعْمَلُ فِيهِمَا لَا يَتَعَيَّنُ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً يَبْعًا فَاسِدًا وَتَقَابُضًا) اعْلَمْ أَنَّ الْأُمُورَ عَلَى نَوْعَيْنِ: نَوْعٌ لَا يَتَعَيَّنُ فِي الْعَقْدِ كَالدَّرَاهِمِ وَالذَّنَانِيرِ، وَنَوْعٌ يَتَعَيَّنُ كَخِلَافِهِمَا وَالْخُبْتُ أَيْضًا عَلَى نَوْعَيْنِ: خُبْتُ لِفَسَادِ الْمَلِكِ، وَخُبْتُ لَعَدَمِ الْمَلِكِ. فَأَمَّا الْأَوَّلُ فَإِنَّهُ يُؤَثِّرُ فِيهِمَا يَتَعَيَّنُ دُونَ مَا لَا يَتَعَيَّنُ. وَالثَّانِي يُؤَثِّرُ فِيهِمَا جَمِيعًا.

وَإِذَا ظَهَرَ هَذَا فَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً يَبْعًا فَاسِدًا وَتَقَابُضًا فَبَاعَهَا وَرَجَحَ فِيهَا تَصَدَّقَ بِالرِّيحِ وَإِنْ اشْتَرَى الْبَائِعُ بِالثَّمَنِ شَيْئًا وَرَجَحَ فِيهِ طَابَ لَهُ الرِّيحُ لِأَنَّ الْجَارِيَةَ مِمَّا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعَيَّنِ فَيَتَعَلَّقُ الْعَقْدُ بِهَا وَيُؤَثِّرُ الْخُبْتُ فِي الرِّيحِ وَالْدَّرَاهِمُ وَالذَّنَانِيرُ لَا يَتَعَيَّنَانِ فَلَمْ يَتَعَلَّقِ الْعَقْدُ الثَّانِي بِعَيْنِهَا فَلَمْ يُؤَثِّرِ الْخُبْتُ فِيهِ لِأَنَّهُ لِفَسَادِ الْمَلِكِ لَا لَعَدَمِهِ، وَمَعْنَى عَدَمِ التَّعَيَّنِ فِيهَا أَنَّهُ لَوْ أَشَارَ إِلَيْهَا وَقَالَ اشْتَرَيْتُ مِنْكَ هَذَا الْعَبْدَ بِهَذِهِ الدَّرَاهِمِ كَانَ لَهُ أَنْ يَتْرُكَهَا وَيَدْفَعَ إِلَى الْبَائِعِ غَيْرَهَا لَمَّا أَنَّ الثَّمَنَ يَجِبُ فِي ذِمَّةِ الْمُشْتَرِي لَا يَتَعَلَّقُ بِعَيْنِ تِلْكَ الدَّرَاهِمِ الْمُشَارِ إِلَيْهَا فِي الْبِيَاعَاتِ، وَهَذَا إِنَّمَا يَسْتَفِيمُ عَلَى الرُّوَايَةِ الصَّحِيحَةِ، وَهِيَ أَنَّهَا لَا تَتَعَيَّنُ لَا عَلَى الْأَصَحِّ وَهِيَ الَّتِي تَقَدَّمَتْ أَنَّهَا تَتَعَيَّنُ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ لِأَنَّهَا بِمَنْزِلَةِ الْمُغْصُوبِ.

وَمَنْ غَضَبَ جَارِيَةً وَبَاعَهَا بَعْدَ ضَمَانِ قِيمَتِهَا فَرَجَحَ فِيهَا أَوْ غَضَبَ دَرَاهِمَ وَأَدَّى ضَمَانَهَا وَاشْتَرَى بِهَا شَيْئًا وَبَاعَهُ وَرَجَحَ فِيهِ تَصَدَّقَ بِالرِّيحِ فِي الْفَصْلَيْنِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ

يَتَّعِينَ، كَمَا إِذَا اشْتَرَى عَبْدًا بِجَارِيَةٍ وَأَعْتَقَهُ فَاسْتَحَقَّتْ الْجَارِيَةُ فَإِنَّ الْعَتَقَ نَافِذٌ، لَوْ لَمْ يَكُنْ بَدَلُ الْمُسْتَحَقِّ مَمْلُوكًا لَمَا نَفَذَ لِمَتَنَاعِهِ فِي غَيْرِ الْمَلِكِ بِالْثَّصِّ، فَإِذَا كَانَ مَا لَا يَتَّعِينَ أَوَّلَى، لَكِنَّهُ يُفْسِدُ الْمَلِكُ إِذَا اسْتَحَقَّقَ قَصْدًا فِي مُقَابِلِهِ لَا فِيهِ، فَلَوْ كَانَ فِيهِ كَانَ بَاطِلًا وَالْحَبْثُ لِفَسَادِ الْمَلِكِ لَا يَعْمَلُ فِيْمَا لَا يَتَّعِينَ.

فَصْلٌ فِيْمَا يُكْرَهُ

قَالَ (وَنَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنِ النَّجْشِ) وَهُوَ أَنْ يَزِيدَ فِي الثَّمَنِ وَلَا يُرِيدُ الشَّرَاءَ لِيُرَغَّبَ غَيْرُهُ وَقَالَ «لَا تَنَاجَشُوا»^(١). قَالَ (وَعَنِ السُّوْمِ عَلَى سَوْمٍ غَيْرِهِ) قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا يَسْتَمِ الرَّجُلُ عَلَى سَوْمِ أَخِيهِ وَلَا يَخْطُبُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ»^(٢)؛ وَلَأنَّ فِي ذَلِكَ إِحْشَاشًا وَإِضْرَارًا، وَهَذَا إِذَا تَرَاضَى الْمُتَعَاقِدَانِ عَلَى مَبْلَغٍ ثَمَنًا فِي الْمَسَاوِمَةِ، فَأَمَّا إِذَا لَمْ يَرْكَنْ أَحَدُهُمَا إِلَى الْآخَرِ فَهُوَ بَيْعٌ مَنْ يَزِيدُ وَلَا بَاسَ بِهِ عَلَى مَا نَذَرَهُ، وَمَا ذَكَرْنَاهُ مُحْمَلٌ النَّهْيِ فِي النِّكَاحِ أَيْضًا. قَالَ (وَعَنِ تَلْقَى الْجَلْبِ) وَهَذَا إِذَا كَانَ يَضُرُّ بِأَهْلِ الْبَلَدِ فَإِنْ كَانَ لَا يَضُرُّ فَلَا بَاسَ بِهِ، إِلَّا إِذَا لَبَسَ السَّعْرَ عَلَى الْوَارِدِينَ فَحِينَئِذٍ يُكْرَهُ لِمَا فِيهِ مِنَ الْغُرْرِ وَالضَّرَرِ.

الشرح:

(فَصْلٌ فِيْمَا يُكْرَهُ): قِيلَ الْمَكْرُوهُ أَدْنَى دَرَجَةٍ مِنَ الْفَاسِدِ، وَلَكِنْ هُوَ شُعْبَةٌ فَلِذَلِكَ الْحَقُّ بِهِ وَأَخَّرَ عَنْهُ، وَلَعَلَّ تَحْقِيقَ ذَلِكَ مَا ذُكِرَ فِي أُصُولِ الْفِقْهِ أَنَّ الْقُبْحَ إِذَا كَانَ لِأَمْرِ مُجَاوِرٍ كَانَ مَكْرُوهًا، وَإِذَا كَانَ بِوَصْفٍ مُتَّصِلٍ كَانَ فَاسِدًا وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي التَّقْرِيرِ (وَنَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنِ النَّجْشِ) بِفَتْحَيْنِ (وَهُوَ أَنْ يَزِيدَ الرَّجُلُ فِي الثَّمَنِ وَلَا يُرِيدُ الشَّرَاءَ لِيُرَغَّبَ غَيْرُهُ) وَيَجْرِي فِي النِّكَاحِ وَغَيْرِهِ حَيْثُ قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا تَنَاجَشُوا» أَيُّ لَا تَفْعَلُوا ذَلِكَ وَسَبَبُ ذَلِكَ إِيقَاعُ رَجُلٍ فِيهِ بِأَزِيدَ مِنَ الثَّمَنِ وَهُوَ خِدَاعٌ وَالْخِدَاعُ قَبِيحٌ جَاوَرَ هَذَا الْبَيْعَ فَكَانَ مَكْرُوهًا، وَظَهَرَ مِنْ هَذَا أَنَّ الرَّاغِبَ فِي السَّلْعَةِ إِذَا طَلَبَهَا مِنْ صَاحِبِهَا بِإِنْقَاصٍ مِنْ ثَمَنِهَا فَرَادَ شَخْصًا لَا يُرِيدُ الشَّرَاءَ إِلَى مَا بَلَغَ ثَمَامَ قِيمَتِهَا لَا يَكُونُ مَكْرُوهًا لِاتِّفَاءِ الْخِدَاعِ (وَنَهَى عَنِ السُّوْمِ عَلَى سَوْمٍ غَيْرِهِ) قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ

(١) أخرجه البخاري في البيوع باب ٦٤، ومسلم في البيوع حديث (١١).

(٢) أخرجه البخاري (٢١٣٩)، ومسلم في البيوع (حديث ٧).

وَالسَّلَامُ «لَا يَسْتَأْمُ الرَّجُلُ عَلَى سَوْمِ أَخِيهِ وَلَا يَخْطُبُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ» وَهُوَ نَفْيٌ فِي مَعْنَى النَّهْيِ فَيُفِيدُ الْمَشْرُوعِيَّةَ.

وَصُورَتُهُ أَنْ يَتَسَاوَمَ الرَّجُلَانِ عَلَى السَّلْعَةِ وَالْبَائِعُ وَالْمُشْتَرِي رَضِيًا بِذَلِكَ وَلَمْ يَعْقِدَا عَقْدَ الْبَيْعِ حَتَّى دَخَلَ آخَرُ عَلَى سَوْمِهِ فَإِنَّهُ يَجُوزُ، لَكِنَّهُ يُكْرَهُ لَاشْتِمَالِهِ عَلَى الْإِيحَاشِ وَالْإِضْرَارِ وَهُمَا قَبِيحَانِ يَنْفَكَانِ عَنِ الْبَيْعِ فَكَانَ مَكْرُوهًا إِذَا جَنَحَ الْبَائِعُ إِلَى الْبَيْعِ بِمَا طَلَبَ بِهِ الْأَوَّلُ مِنَ الثَّمَنِ، وَكَذَلِكَ فِي النِّكَاحِ. أَمَّا إِذَا لَمْ يَجْنَحْ فَلَا بَأْسَ بِذَلِكَ لِأَنَّهُ يَبْعُ مَنْ يَزِيدُ. وَقَدْ رَوَى أَسْنُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ بَاعَ قَدْحًا وَحَلَسَا يَبْعُ مَنْ يَزِيدُ». قَالَ: وَعَنْ تَلْقَى الْجَلْبِ: أَيِ وَنَهَى عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَنْ تَلْقَى الْجَلْبِ: أَيِ الْمَجْلُوبِ.

وَصُورَتُهُ الْمَصْرِيُّ أُخْبِرَ بِمَجِيءِ قَافِلَةٍ بِمِيرَةٍ فَتَلَقَّاهُمْ وَاشْتَرَى الْجَمِيعَ وَأَدْخَلَهُ الْمَصْرَ لِيَبِيعَهُ عَلَى مَا أَرَادَ فَذَلِكَ لَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَضُرَّ بِأَهْلِ الْبَلَدِ أَوْ لَا، وَالثَّانِي لَا يَخْلُو مِنْ أَنْ يُلْبَسَ السَّعَرُ عَلَى الْوَارِدِينَ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ بِأَنْ كَانَ أَهْلُ الْمَصْرِ فِي قَحْطٍ وَضَيْقٍ فَهُوَ مَكْرُوهٌ بِاعْتِبَارِ قُبْحِ التَّضْيِيقِ الْمَجَاوِرِ الْمُتَّفَكُّ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَقَدْ لَبَسَ السَّعَرُ عَلَى الْوَارِدِينَ فَقَدْ غَرَّ وَضُرَّ وَهُوَ قَبِيحٌ فَيُكْرَهُ، وَإِلَّا فَلَا بَأْسَ بِذَلِكَ.

قَالَ (وَعَنْ بَيْعِ الْحَاضِرِ لِلْبَادِي) فَقَدْ قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «يَبْعُ الْحَاضِرُ لِلْبَادِي» وَهَذَا إِذَا كَانَ أَهْلُ الْبَلَدِ فِي قَحْطٍ وَعَوَزٍ، وَهُوَ أَنْ يَبِيعَ مِنْ أَهْلِ الْبَدْوِ طَمَعًا فِي الثَّمَنِ الْعَالِي لِمَا فِيهِ مِنَ الْإِضْرَارِ بِهِمْ أَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ فَلَا بَأْسَ بِهِ لِانْعِدَامِ الضَّرْرِ. قَالَ: (وَالْبَيْعُ عِنْدَ أَذَانِ الْجُمُعَةِ) قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَذَرُوا الْبَيْعَ﴾ [الجمعة: ٩] ثُمَّ فِيهِ إِخْلَالٌ بِوَأَجِبِ السَّعْيِ عَلَى بَعْضِ الْوُجُوهِ، وَقَدْ ذَكَرْنَا الْأَذَانَ الْمُعْتَبَرَ فِيهِ فِي كِتَابِ الصَّلَاةِ. قَالَ (وَكُلُّ ذَلِكَ يُكْرَهُ) لِمَا ذَكَرْنَا، وَلَا يَفْسُدُ بِهِ الْبَيْعُ؛ لِأَنَّ الْفَسَادَ فِي مَعْنَى خَارِجٍ زَائِدٍ لَا فِي صُلْبِ الْعَقْدِ وَلَا فِي شَرَائِطِ الصَّحْتِ. قَالَ (وَلَا بَأْسَ بِبَيْعِ مَنْ يَزِيدُ) وَتَفْسِيرُهُ مَا ذَكَرْنَا. وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بَاعَ قَدْحًا وَحَلَسَا يَبْعُ مَنْ يَزِيدُ»^(١)؛ وَلِأَنَّهُ يَبْعُ الْفُقَرَاءَ وَالْحَاجَّةَ مَاسَةً إِلَى نَوْعٍ مِنْهُ.

(١) أخرجه أبو داود (١٦٤١)، وابن ماجه (٢١٩٨)، والترمذي (١٢١٨).

الشرح:

(قَالَ وَيَبِيعُ الْحَاضِرُ لِلْبَادِي) أَيُّ وَنَهَى عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَنْ بَيْعِ الْحَاضِرِ لِلْبَادِي فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا يَبِيعُ حَاضِرٌ لِلْبَادِي» وَصُورَتُهُ الرَّجُلُ لَهُ طَعَامٌ لَا يَبِيعُهُ لِأَهْلِ الْمَصْرِ وَيَبِيعُهُ مِنْ أَهْلِ الْبَادِيَةِ بِشَمَنِ غَالٍ، فَلَا يَخْلُو إِذَا أَنْ يَكُونَ أَهْلُ الْمَصْرِ فِي سَعَةٍ لَا يَتَضَرَّرُونَ بِذَلِكَ أَوْ فِي قَحْطٍ يَتَضَرَّرُونَ، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَهُوَ مَكْرُوهٌ، وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَلَا بَأْسَ بِذَلِكَ. وَعَلَى هَذَا تَكُونُ اللَّامُ لِلْبَادِي بِمَعْنَى مَنْ. وَقِيلَ فِي صُورَتِهِ نَظَرًا إِلَى اللَّامِ أَنْ يَتَوَلَّى الْمَصْرِيُّ الْبَيْعَ لِأَهْلِ الْبَادِيَةِ لِيُعَالِيَ فِي الْقِيَمَةِ. قَالَ (وَالْبَيْعُ عِنْدَ أَذَانِ الْجُمُعَةِ) أَيُّ وَنَهَى عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَنْ الْبَيْعِ عِنْدَ أَذَانِ الْجُمُعَةِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَذَرُوا الْبَيْعَ﴾ وَتَسْمِيَّتُهُ مِنْهُنَّ بِاعْتِبَارِ مَعْنَاهُ لَا بِاعْتِبَارِ الصَّيْغَةِ (قَوْلُهُ ثُمَّ فِيهِ) بَيَانٌ لِلْقُبْحِ الْمُجَاوِرِ، فَإِنَّ الْبَيْعَ قَدْ يُخْلُ بِوَاجِبِ السَّعْيِ إِذْ قَعَدَا أَوْ وَقَفَا يَتَبَايَعَانِ، وَأَمَّا إِذَا تَبَايَعَا يَمْشِيَانِ فَلَا إِخْلَالَ فَيَصِحُّ بِلَا كَرَاهَةٍ. وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي كِتَابِ الصَّلَاةِ أَنَّ الْمُعْتَبَرَ فِي ذَلِكَ هُوَ الْأَذَانُ الْأَوَّلُ إِذَا كَانَ بَعْدَ الزَّوَالِ (وَكُلُّ ذَلِكَ) أَيُّ الْمَذْكُورِ مِنْ أَوَّلِ الْفَصْلِ إِلَى هُنَا مَكْرُوهٌ لَمَّا ذَكَرْنَا لَا فَاسِدٌ، لَأَنَّ الْفَسَادَ: أَيُّ الْقُبْحَ لِأَمْرِ خَارِجٍ زَائِدٍ: أَيُّ مُجَاوِرٍ، وَلَيْسَ فِي صُلْبِ الْعَقْدِ وَلَا فِي شَرَائِطِ الصَّحَّةِ وَتُفَسَّرُ بَيْعٌ مَنْ يَزِيدُ، وَرَوَى أَنَسُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَدْ مَرَّ آتِفًا (نَوْعٌ مِنْهُ) أَيُّ هَذَا الَّذِي يَشْرَعُ فِيهِ نَوْعٌ مِنَ الْبَيْعِ الْمَكْرُوهِ.

قَالَ (وَمَنْ مَلَكَ مَمْلُوكَيْنِ صَغِيرَيْنِ أَحَدَهُمَا ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنَ الْآخَرِ لَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَهُمَا، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا كَبِيرًا) وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ ﷺ «مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ وَوَلَدِهَا فَرَّقَ اللَّهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحَبَّتِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»^(١). وَوَهَبَ النَّبِيُّ ﷺ لِعَلِيِّ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ غُلَامَيْنِ أَخَوَيْنِ صَغِيرَيْنِ ثُمَّ قَالَ لَهُ: مَا فَعَلَ الْغُلَامَانِ؟ فَقَالَ: بَعْتُ أَحَدَهُمَا، فَقَالَ: أَذْرِكُ أَذْرِكُ، وَيُرْوَى: رُدُّهُ رُدُّهُ^(٢)؛ وَلَأَنَّ الصَّغِيرَ يَسْتَأْنَسُ بِالصَّغِيرِ وَبِالْكَبِيرِ وَالْكَبِيرُ يَتَعَاهَدُهُ فَكَانَ فِي بَيْعِ أَحَدِهِمَا قَطْعُ الْاسْتِنَاسِ، وَالْمَنْعُ مِنَ التَّعَاهُدِ وَفِيهِ تَرْكُ الْمَرْحَمَةِ عَلَى الصَّغَارِ، وَقَدْ أَوْعَدَ عَلَيْهِ ثُمَّ الْمَنْعُ مَعْلُولٌ بِالْقَرَابَةِ الْمَحْرَمَةِ لِلنِّكَاحِ حَتَّى لَا يَدْخُلَ فِيهِ مَحْرَمٌ غَيْرُ قَرِيبٍ وَلَا قَرِيبٌ غَيْرُ مَحْرَمٍ، وَلَا يَدْخُلُ فِيهِ الزَّوْجَانِ حَتَّى جَاَزَ

(١) أخرجه الترمذي في البيوع باب ٥٢، والسير باب ١٧.

(٢) أخرجه الترمذي (١٢٨٤)، وابن ماجه (٢٢٤٩)، والدارقطني (٦٦/٣) رقم (٢٥٠).

التَفْرِيقُ بَيْنَهُمَا؛ لَأَنَّ النَّصَّ وَرَدَ بِخِلَافِ الْقِيَاسِ فَيَقْتَضِرُ عَلَى مَوْرِدِهِ، وَلَا بُدَّ مِنْ اجْتِمَاعِهِمَا فِي مِلْكِهِ لَمَّا ذَكَرْنَا، حَتَّى لَوْ كَانَ أَحَدُ الصَّغِيرَيْنِ لَهُ وَالْآخَرُ لغيرِهِ لَا بَأْسَ بِنَيْعِ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَلَوْ كَانَ التَّفْرِيقُ بِحَقِّ مُسْتَحَقٍّ لَا بَأْسَ بِهِ كَذَفْعِ أَحَدِهِمَا بِالْجَنَائَةِ وَيَبْعِهِ بِالذَّنْبِ وَرَدَّهُ بِالْعَيْبِ؛ لَأَنَّ الْمَنْظُورَ إِلَيْهِ دَفْعُ الضَّرَرِ عَنْ غَيْرِهِ لَا الْإِضْرَارُ بِهِ.

قَالَ (فَإِنْ فَرَّقَ كُرْهًا لَهُ ذَلِكَ وَجَازَ الْعَقْدُ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي قَرَابَةِ الْوِلَادِ وَيَجُوزُ فِي غَيْرِهَا. وَعَنْهُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ لَمَّا رَوَيْنَا، فَإِنَّ الْأَمْرَ بِالْإِدْرَاكِ وَالرَّدِّ لَا يَكُونُ إِلَّا فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ.

وَلَهُمَا أَنْ رُكْنَ الْبَيْعِ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ فِي مَحَلِّهِ، وَإِنَّمَا الْكَرَاهَةُ لِمَعْنَى مُجَاوِرِ فَشَابَةِ كَرَاهَةِ الْاسْتِيَامِ (وَإِنْ كَانَا كَبِيرَيْنِ فَلَا بَأْسَ بِالتَّفْرِيقِ بَيْنَهُمَا)؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي مَعْنَى مَا وَرَدَ بِهِ النَّصُّ، وَقَدْ صَحَّ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فَهَرَّقَ بَيْنَ مَارِيَةٍ وَسِيرِينَ وَكَانَتَا أَمْتَيْنِ أُخْتَيْنِ».

الشرح:

وَمَنْ مَلَكَ صَغِيرَيْنِ أَوْ صَغِيرًا وَكَبِيرًا أَحَدُهُمَا ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنَ الْآخَرِ كُرْهًا لَهُ أَنْ يُفَرَّقَ بَيْنَهُمَا قَبْلَ الْبُلُوغِ لِقَوْلِهِ ﷺ «مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ وَوَلَدِهَا فَفَرَّقَ اللَّهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحَبَّتِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ» قَوْلُهُ وَوَهَبَ) مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ مِنْ حَيْثُ الْمَعْنَى، لَأَنَّ تَقْرِيرَهُ وَالْأَصْلُ فِيهِ مَا قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «وَوَهَبَ النَّبِيُّ ﷺ لَعَلِّي غُلَامَيْنِ أُخَوَيْنِ صَغِيرَيْنِ ثُمَّ قَالَ لَهُ: مَا فَعَلَ الْغُلَامَانِ؟ فَقَالَ: بَعْتُ أَحَدَهُمَا، فَقَالَ: أَذْرُكَ أَوْ ذَرُكَ».

وَيُرْوَى: أَرْدُذُ أَرْدُذُ». وَوَجْهُ الاسْتِدْلَالِ بِالْأَوَّلِ هُوَ الْوَعِيدُ، وَبِالثَّانِي تَكَرُّرُ الْأَمْرِ بِالْإِدْرَاكِ وَالرَّدِّ، وَالْوَعِيدُ جَاءَ لِلتَّفْرِيقِ وَالْأَمْرُ بِالْإِدْرَاكِ عَلَى نَيْعِ أَحَدِهِمَا وَهُوَ تَفْرِيقٌ وَلَمْ يَتَعَرَّضْ لِلْبَيْعِ، فَقُلْنَا بِكَرَاهَةِ الْبَيْعِ لِإِفْضَائِهِ إِلَى التَّفْرِيقِ وَهُوَ مُجَاوِرٌ يَنْفَكُ عَنْهُ لِمُجَاوَزِ أَنْ يَقَعَ ذَلِكَ بِالْهَبَةِ، وَالْمَعْنَى الْمُؤَثِّرُ فِي ذَلِكَ اسْتِنْسَاسُ الصَّغِيرِ بِالصَّغِيرِ وَبِالْكَبِيرِ، وَتَعَاهُدُ الْكَبِيرِ لِلصَّغِيرِ، وَفِي نَيْعِ أَحَدِهِمَا قَطْعُ الْاسْتِنْسَاسِ وَالْمَنْعُ مِنَ التَّعَاهُدِ، وَفِيهِ تَرْكُ الْمَرْحَمَةِ عَلَى الصَّغَارِ، وَقَدْ أَوْعَدَ النَّبِيُّ ﷺ عَلَى ذَلِكَ بِقَوْلِهِ ﷺ «مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ وَوَلَدِهَا فَفَرَّقَ اللَّهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحَبَّتِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ» إِنْ كَانَ الْمُرَادُ تَرْكُ الْمَرْحَمَةِ تَرْكَهَا

بالتفريق، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ فِي قَطْعِ الْاسْتِنَاسِ وَالْمَنْعِ مِنَ التَّعَاهُدِ وَتَرْكِ الْمَرْحَمَةِ
وَذَلِكَ مُتَوَعَّدٌ بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ لَمْ يَرْحَمْ صَغِيرًا» ثُمَّ الْمَنْعُ عَنِ التَّفْرِيقِ
إِنَّمَا هُوَ بِاعْتِبَارِ اسْتِنَاسٍ وَتَعَاهُدٍ يَحْصُلُ بِالْقَرَابَةِ الْمُحَرَّمَةِ لِلنِّكَاحِ بِأَنْ يَكُونَ أَحَدُهُمَا ذَا
رَحِمٍ مُحَرَّمٍ مِنَ الْآخَرِ كَمَا ذَكَرْنَا فِي صَدْرِ الْكَلَامِ بِلَا ضَرَرٍ لِلْمَوْلَى أَوْ الصَّغِيرِ قَصْدًا
فَلَا يَدْخُلُ مُحَرَّمٌ غَيْرُ قَرِيبٍ وَلَا قَرِيبٌ غَيْرُ مُحَرَّمٍ وَلَا مَا لَا مَحْرَمِيَّةَ بَيْنَهُمَا أَصْلًا، حَتَّى
لَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا أَخًا رِضَاعِيًّا لِلْآخَرِ أَوْ كَانَ أُمَةً وَالْآخَرُ ابْنَهَا رِضَاعًا أَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا
وَلَدَ عَمٍّ أَوْ خَالَ أَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا زَوْجَ الْآخَرِ جَارَ التَّفْرِيقِ بَيْنَهُمَا لِأَنَّ النَّصَّ النَّافِيَّ وَرَدَ
بِخِلَافِ الْقِيَاسِ، لِأَنَّ الْقِيَاسَ يَقْتَضِي جَوَازَ التَّفْرِيقِ بِوُجُودِ الْمَلِكِ الْمَطْلُوقِ لِلتَّصَرُّفِ مِنْ
الْجَمْعِ وَالتَّفْرِيقِ كَمَا فِي الْكَبِيرَيْنِ، وَكُلُّ مَا وَرَدَ مِنَ النَّصِّ بِخِلَافِ الْقِيَاسِ يَقْتَضِرُ عَلَى
مَوْرِدِهِ وَمَوْرِدُهُ الْوَالِدَةُ وَلَوْلَاهَا وَالْأَخْوَانُ. قِيلَ: فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ تَنَاقُضٌ، لِأَنَّهُ عُلِّلَ
بِقَوْلِهِ وَلَأنَّ الصَّغِيرَ يَسْتَأْنِسُ بِالصَّغِيرِ، وَقَالَ: ثُمَّ الْمَنْعُ مَعْلُولٌ بِالْقَرَابَةِ الْمُحَرَّمَةِ لِلنِّكَاحِ، ثُمَّ
قَالَ: لِأَنَّ النَّصَّ وَرَدَ بِخِلَافِ الْقِيَاسِ، وَمَا كَانَ كَذَلِكَ لَا يَكُونُ مَعْلُولًا فَجَاءَ التَّنَاقُضُ.
وَالْجَوَابُ مَا أَشَرْنَا إِلَيْهِ فِي تَفْسِيرِ كَلَامِهِ أَنَّ مَنَاطَ حُكْمِ الْمَنْعِ عَنِ التَّفْرِيقِ إِنَّمَا هُوَ
اسْتِنَاسٌ وَتَعَاهُدٌ يَحْصُلُ بِالْقَرَابَةِ الْمُحَرَّمَةِ لِلنِّكَاحِ بِدُونِ ضَرَرٍ لِلْمَوْلَى أَوْ الصَّغِيرِ قَصْدًا
فَهُوَ بَيَانٌ لِمَا عَسَى يَجُوزُ بِهِ الْخِلَافُ الْغَيْرُ بِالذَّلَالَةِ إِذَا سَاوَاهُ، لَا بَيَانُ الْوَصْفِ الْجَامِعِ بَيْنَ
الْمَقِيسِ وَالْمَقِيسِ عَلَيْهِ، فَلَا تَنَاقُضَ بَيْنَ قَوْلِهِ مَعْلُولٌ عَلَى هَذَا التَّفْسِيرِ وَبَيْنَ قَوْلِهِ وَرَدَ
بِخِلَافِ الْقِيَاسِ. وَإِذَا ظَهَرَ هَذَا تَبَيَّنَ أَنَّهُ لَيْسَ فِي الْقَرَابَةِ وَالْمَحْرَمِيَّةِ، وَلَا مَا فِيهِ ضَرَرٌ مَا
يُسَاوِي الْقَرَابَةَ الْمُحَرَّمَةَ لِلنِّكَاحِ وَمَا لَا ضَرَرَ فِيهِ حَتَّى يُلْحَقَ بِهَا. فَلَا يُرَدُّ مَا قِيلَ فِي
الْكُتُبِ لَوْ كَانَ مَنَعُ التَّفْرِيقِ مَعْلُولًا بِالْقَرَابَةِ الْمُحَرَّمَةِ لِلنِّكَاحِ لَمَّا جَارَ التَّفْرِيقُ عِنْدَ وُجُودِ
هَذِهِ الْعِلَّةِ، لَكِنَّهُ جَازٍ فِي سَبْعَةِ مَوَاضِعَ وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا صَغِيرًا فَكَانَتْ الْعِلَّةُ مَنْقُوضَةً
وَلَزِمَ التَّرَاؤُ الْقَوْلَ بِتَخْصِصِ الْعِلَلِ الْفَاسِدَةِ عِنْدَ عَامَّةِ الْمَشَائِخِ.

وَالْأَوَّلُ مِنَ الْمَوَاضِعِ السَّبْعَةِ مَا إِذَا صَارَ أَحَدُهُمَا فِي مِلْكِهِ إِلَى حَالٍ لَا يُمَكِّنُهُ بَيْعُهُ
كَمَا إِذَا ذَبَرَهُ أَوْ اسْتَوْلَدَهُ إِنْ كَانَتْ أُمَةً فَإِنَّهُ لَا بَأْسَ بِبَيْعِ الْآخَرِ وَإِنْ حَصَلَ التَّفْرِيقُ.
وَالثَّانِي إِذَا جَنَى أَحَدُهُمَا جَنَایَةَ نَفْسٍ أَوْ مَالٍ فَإِنَّ لِلْمَوْلَى أَنْ يَدْفَعَ وَفِيهِ تَفْرِيقٌ مَعَ أَنَّهُ
مُخَيَّرٌ بَيْنَ الدَّفْعِ وَالْفِدَاءِ، وَلَهُ وَلَايَةُ الْمَنْعِ عَنِ الْبَيْعِ بِأَدَاءِ الْقِيَمَةِ. وَالثَّلَاثُ إِذَا كَانَ الْمَالِكُ

حَرِيًّا جَازَ لِلْمُسْلِمِ شِرَاءَ أَحَدِهِمَا، وَكَمَا يُكْرَهُ التَّفْرِيقُ بِالْبَيْعِ يُكْرَهُ بِالشِّرَاءِ.
وَالرَّابِعُ إِذَا مَلَكَ صَغِيرًا وَكَبِيرَيْنِ جَازَ بَيْعُ أَحَدِ الْكَبِيرَيْنِ اسْتِحْسَانًا وَإِنْ لَزِمَ
التَّفْرِيقُ. وَالْخَامِسُ إِذَا اشْتَرَاهُمَا وَوَجَدَ بِأَحَدِهِمَا عَيْبًا كَانَ لَهُ رَدُّ الْمَعِيبِ فِي ظَاهِرِ
الرِّوَايَةِ وَلَزِمَ التَّفْرِيقُ وَالسَّادِسُ جَازَ إِعْتَاقُ أَحَدِهِمَا عَلَى مَالٍ أَوْ غَيْرِهِ وَهُوَ تَفْرِيقُ.
وَالسَّابِعُ إِذَا كَانَ الصَّغِيرُ مُرَاهِقًا جَازَ بَيْعُهُ بِرِضَاهُ وَرِضَا أُمِّهِ وَلَزِمَ التَّفْرِيقُ. وَإِذَا تَأَمَّلْتَ
مَا مُهِدَ لَكَ آتِفًا ظَهَرَ لَكَ عَدَمُ وُرُودِهَا فَإِنْ مَا خَلَا الْأَخِيرَيْنِ يَشْتَمِلُ عَلَى الضَّرَرِ، أَمَّا
الْأَوَّلُ فَلَأَنَّ بَيْعَ أَحَدِهِمَا لَمَّا امْتَنَعَ لِمَعْنَى شَرْعِيٍّ لَوْ مَنَعَ عَنْ بَيْعِ الْآخَرِ تَضَرَّرَ الْمَوْلَى
وَالْمَنْظُورُ إِلَيْهِ دَفْعُ الضَّرَرِ عَنْ غَيْرِهِ لَا الْإِضْرَارُ بِهِ.

لَا يُقَالُ: الْمَنَعُ عَنْ تَصَرُّفِ التَّفْرِيقِ مَعَ وُجُودِ الْمَلِكِ الْمَطْلُوقِ لَهُ أَضْرَارٌ فَكَيْفَ
تُحْمَلُ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَتَحَمَّلْ ذَلِكَ لَزِمَ إِهْمَالُ الْحَدِيثِ. وَأَمَّا الثَّانِي فَلَأَنَّهُ لَوْ أُلْزِمَ الْمَوْلَى
الْفِدَاءَ بِذُنُونِ اخْتِيَارِهِ تَضَرَّرَ. وَأَمَّا الثَّلَاثُ فَلَأَنَّ مَنَعَ التَّفْرِيقِ لَدَفْعِ الضَّرَرِ عَنِ الصَّغِيرِ وَلَوْ
مَنَعَ الْمُسْلِمُ مِنْ شِرَائِهِ تَضَرَّرَ الصَّغِيرُ قَصْدًا وَعَادَ عَلَى مَوْضُوعِهِ بِالنَّقْضِ، فَإِنْ الْحَرْبِيُّ
يُدْخِلُهُمَا دَارَ الْحَرْبِ فَيَنْشَأُ فِيهَا، وَضَرَرُ ذَلِكَ ظَاهِرٌ فِي الدُّنْيَا لِعَرَضِيَّةِ الْأَسْرِ وَالْقَتْلِ
وَفِي الْآخِرَةِ، لِأَنَّ ظَاهِرَ مَنْ يَنْشَأُ مِنْ صِغَرِهِ يَنْتَهِمُ أَنْ يَكُونَ عَلَى دِينِهِمْ. وَأَمَّا الرَّابِعُ
فَلَأَنَّ مَنَعَ بَيْعِ أَحَدِ الْكَبِيرَيْنِ مَعَ دَفْعِ ضَرَرِ الصَّغِيرِ بِالْآخَرِ إِضْرَارٌ لِلْمَوْلَى. وَأَمَّا الْخَامِسُ
فَجَوَّازُ التَّفْرِيقِ فِيهِ مَمْنُوعٌ عَلَى مَا رَوَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ. وَعَلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ إِنَّمَا جَازَ
لَأَنَّ رَدَّ السَّالِمِ عَنِ الْعَيْبِ حَرَامٌ مِنْ كُلِّ وَجْهِ، وَفِي الْإِزَامِ الْمَعِيبِ إِضْرَارٌ لِلْمُشْتَرِي فَيَتَعَيَّنُ
رَدُّهُ دَفْعًا لِلْإِضْرَارِ عَنْهُ. وَأَمَّا فِي السَّادِسِ فَلَأَنَّ الْإِعْتَاقَ هُوَ عَيْنُ الْجَمْعِ بِأَكْمَلِ الْوُجُوهِ،
لَأَنَّ الْمُعْتَقَ أَوْ الْمَكْتَابَ صَارَ أَحَقَّ بِنَفْسِهِ فَيَدُورُ هُوَ حَيْثُمَا دَارَ أَخُوهُ وَيَتَعَاهَدُ أُمُورَهُ عَلَى
مَا أَرَادَ، وَلَا اعْتِبَارَ بِخُرُوجِهِ عَنْ مِلْكِهِ بَعْدَمَا حَصَلَ الْمَعْنَى الْمَوْجِبُ فِي إِبْقَائِهِمَا جَمِيعًا
مَعَ زِيَادَةِ وَصْفٍ وَهِيَ اسْتِدَادُهُ بِنَفْسِهِ.

وَأَمَّا فِي السَّابِعِ فَلَأَنَّ الْمَنَعَ عَنِ التَّفْرِيقِ لِلْإِحْزَارِ عَنِ الضَّرَرِ بِهِمَا فَلَمَّا رَضِيََا
بِالتَّفْرِيقِ انْدَفَعَ الضَّرَرُ، فَيَمَّا عَدَا الْأَخِيرَيْنِ ضَرَرٌ فَلَا يَكُونُ فِي مَعْنَى مَا لَا ضَرَرَ فِيهِ مِنْ
كُلِّ وَجْهِ فَيُلْحَقُ بِهِ.

وَأَمَّا السَّادِسُ فَلَا تَفْرِيقَ فِيهِ، وَأَمَّا السَّابِعُ فَمِنْ قَبِيلِ إِسْقَاطِ الْحَقِّ، ثُمَّ لَا بُدَّ مِنْ

اجْتَمَاعَهُمَا فِي مَلِكٍ شَخْصٍ وَاحِدٍ حَتَّى لَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا لَهُ وَالْآخَرُ لغيرِهِ لَا بَأْسَ يَبِيعُ أَحَدُهُمَا لِأَنَّ التَّفْرِيقَ لَا يَتَحَقَّقُ فِيهِ وَذَكَرَ الْغَيْرَ مُطْلَقًا لِيَتَنَاوَلَ كُلُّ مَنْ كَانَ غَيْرُهُ سَوَاءً كَانَ الْغَيْرُ ابْنًا صَغِيرًا لَهُ أَوْ كَبِيرًا وَهُمَا فِي مُؤْتَتِهِ أَوَّلًا وَسَوَاءً كَانَ زَوْجَتَهُ أَوْ مُكَاتَّبَتَهُ، وَلَا يَجُوزُ يَبِيعُ أَحَدُهُمَا مِنْ أَحَدٍ هَؤُلَاءِ إِذَا كَانَا فِي مِلْكِهِ لِحُصُولِ التَّفْرِيقِ بِذَلِكَ (قَوْلُهُ وَلَوْ كَانَ التَّفْرِيقُ بِحَقِّ مُسْتَحَقٍّ) تَقْدَّمَ تَقْرِيرُهُ فِي أَثْنَاءِ الْأَسْئَلَةِ وَجَوَابِهَا. وَرَوَى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ قَالَ: إِذَا جَتَى أَحَدُهُمَا أَنَّهُ يُسْتَحَبُّ الْفِدَاءُ لِأَنَّهُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يَدْفَعَ أَوْ يَقْدِيَ فَكَانَ الْفِدَاءُ أَوَّلًا.

قَالَ (فَإِنْ فَرَّقَ كُرْهًا ذَلِكَ وَجَارَ الْعَقْدُ الْخ) فَإِنْ فَرَّقَ كُرْهًا ذَلِكَ، وَإِطْلَاقُ التَّفْرِيقِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ مَكْرُوهٌ سَوَاءً كَانَ بِالْبَيْعِ أَوْ الْقِسْمَةِ فِي الْمِيرَاثِ أَوْ الْغَنَائِمِ أَوْ الْهَبَةِ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ وَالْبَيْعُ جَائِزٌ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي قَرَابَةِ الْوِلَادِ لِقَوَّتِهَا وَضَعْفِ غَيْرِهَا. وَعَنْهُ لَا يَجُوزُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ لَمَّا رَوَيْنَا مِنْ «قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَعَلِّي أَذْرِكُ أَذْرِكَ وَلَزَيْدُ بْنُ حَارِثَةَ أُرْدُدُ أُرْدُدُ» فَإِنَّ الْأَمْرَ بِالْإِذْرَاكِ وَالرَّدِّ لَا يَكُونُ إِلَّا فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ. وَلَهُمَا أَنْ رُكْنَ الْبَيْعِ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ مُضَافًا إِلَى مَحَلِّهِ، وَالْكَرَاهَةُ لِمَعْنَى مُجَاوِرٍ وَهُوَ الْوَحْشَةُ الْحَاصِلَةُ بِالتَّفْرِيقِ فَكَانَ كَالْبَيْعِ وَقْتَ النَّدَاءِ وَهُوَ مَكْرُوهٌ لَا فَاسِدٌ كَالْإِسْتِيَامِ.

وَالْجَوَابُ عَنْ الْحَدِيثِ أَنَّهُ مَحْمُولٌ عَلَى طَلَبِ الْإِقَالَةِ أَوْ بَيْعِ الْآخَرِ مِمَّنْ بَاعَ مِنْهُ أَحَدُهُمَا (قَوْلُهُ وَإِنْ كَانَا كَبِيرَيْنِ فَلَا بَأْسَ بِالتَّفْرِيقِ بَيْنَهُمَا) لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي مَعْنَى مَا وَرَدَ بِهِ النَّصُّ يُشِيرُ إِلَى أَنَّ مُرَادَهُ فِيمَا تَقَدَّمَ الْإِلْحَاقُ بِدَلَالَةِ النَّصِّ كَمَا قَرَّرْنَاهُ، وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ فَرَّقَ بَيْنَ مَارِيَةَ وَسِيرِينَ وَكَانَتَا أُمَّتَيْنِ أُخْتَيْنِ» رَوَى «أَنَّ أَمِيرَ الْقِبْطِ أَهْدَى إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ جَارِيتَيْنِ أُخْتَيْنِ وَبَعْلَةً، فَكَانَ يَرْكَبُ الْبَعْلَةَ بِالْمَدِينَةِ وَاتَّخَذَ إِحْدَى الْجَارِيتَيْنِ سُرِّيَّةً فَوَلَدَتْ لَهُ إِبْرَاهِيمَ وَهِيَ مَارِيَةُ، وَوَهَبَ الْآخَرَى لِحَسَّانَ بْنِ ثَابِتٍ وَكَانَ اسْمُهَا سِيرِينَ» بِالسَّيْنِ الْمُهْمَلَةِ ذَكَرَهُ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ فِي كِتَابِ الْإِسْتِيعَابِ، وَهَذَا كُلُّهُ إِذَا كَانَ الْمَالِكُ مُسْلِمًا حُرًّا كَانَ أَوْ مُكَاتَّبًا أَوْ مَأْذُونًا لَهُ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ كَافِرًا فَلَا يُكْرَهُ التَّفْرِيقُ لِأَنَّ مَا فِيهِ مِنَ الْكُفْرِ أَعْظَمُ وَالْكَفَّارُ غَيْرُ مُحَاطَبِينَ بِالشَّرَائِعِ.

بَابُ الْإِقَالَةِ

(الْإِقَالَةُ جَائِزَةٌ فِي الْبَيْعِ بِمِثْلِ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ أَقَالَ نَادِمًا بَيْعَتَهُ أَقَالَ اللَّهُ عَثْرَتَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»^(١) وَلَأَنَّ الْعَقْدَ حَقَّهُمَا فَيَمْلِكَانِ رَفْعَهُ دَفْعًا لِحَاجَتِهِمَا (فَإِنْ شَرَطَا أَكْثَرَ مِنْهُ أَوْ أَقَلَّ فَالْشَّرْطُ بَاطِلٌ وَيَرُدُّ مِثْلَ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ). وَالْأَصْلُ أَنَّ الْإِقَالَةَ فَسَخٌ فِي حَقِّ الْمُتَعَاقِدِينَ بَيْعٌ جَدِيدٌ فِي حَقِّ غَيْرِهِمَا إِلَّا أَنْ لَا يُمَكِّنَ جَعْلُهُ فَسَخًا فَتَبْطُلُ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ هُوَ بَيْعٌ إِلَّا أَنْ لَا يُمَكِّنَ جَعْلُهُ بَيْعًا فَيُجْعَلُ فَسَخًا إِلَّا أَنْ لَا يُمَكِّنَ فَتَبْطُلُ. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ هُوَ فَسَخٌ إِلَّا إِذَا تَعَذَّرَ جَعْلُهُ فَسَخًا فَيُجْعَلُ بَيْعًا إِلَّا أَنْ لَا يُمَكِّنَ فَتَبْطُلُ. لِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ اللَّفْظَ لِلْفَسَخِ وَالرُّفْعِ. وَمِنْهُ يُقَالُ: أَقْلَنِي عَثْرَاتِي فَتَوَفَّرَ عَلَيْهِ قَضِيَّتُهُ. وَإِذَا تَعَذَّرَ يُحْمَلُ عَلَى مُحْتَمَلِهِ وَهُوَ الْبَيْعُ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ بَيْعٌ فِي حَقِّ الثَّالِثِ؛ وَلَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ مُبَادَلَةٌ الْمَالِ بِالْمَالِ بِالتَّرَاضِي. وَهَذَا هُوَ حَدُّ الْبَيْعِ وَلِهَذَا يَبْطُلُ بِهَلَاكِ السَّلْعَةِ وَيَرُدُّ بِالْعَيْبِ وَتَثْبُتُ بِهِ الشَّفَعَةُ وَهَذِهِ أَحْكَامُ الْبَيْعِ. وَلَأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ اللَّفْظَ يُنْبِئُ عَنِ الرُّفْعِ وَالْفَسَخِ كَمَا قُلْنَا، وَالْأَصْلُ إِعْمَالُ الْأَلْفَافِ فِي مُقْتَضِيَّاتِهَا الْحَقِيقِيَّةِ، وَلَا يُحْتَمَلُ ابْتِدَاءُ الْعَقْدِ لِيُحْمَلَ عَلَيْهِ عِنْدَ تَعَذُّرِهِ؛ لِأَنَّهُ ضِدُّهُ وَاللَّفْظُ لَا يَحْتَمِلُ ضِدَّهُ فَتَعَيَّنَ الْبُطْلَانُ، وَكَوْنُهُ بَيْعًا فِي حَقِّ الثَّالِثِ أَمْرٌ ضَرُورِيٌّ؛ لِأَنَّهُ يَثْبُتُ بِهِ مِثْلُ حُكْمِ الْبَيْعِ وَهُوَ الْمِلْكُ لَا مُقْتَضَى الصَّيْغَةِ، إِذْ لَا وِلَايَةَ لَهُمَا عَلَى غَيْرِهِمَا، إِذَا ثَبَتَ هَذَا نَقُولُ: إِذَا شَرَطَ الْأَكْثَرَ فَالْإِقَالَةُ عَلَى الثَّمَنِ الْأَوَّلِ لَتَعَذُّرِ الْفَسَخِ عَلَى الزِّيَادَةِ، إِذْ رَفَعَ مَا لَمْ يَكُنْ ثَابِتًا مُحَالٌ فَيَبْطُلُ الشَّرْطُ؛ لِأَنَّ الْإِقَالَةَ لَا تَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الْفَاسِدَةِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ يُمَكِّنُ اثْبَاتَهَا فِي الْعَقْدِ فَيَتَحَقَّقُ الرِّبَا أَوْ لَا يُمَكِّنُ اثْبَاتَهَا فِي الرُّفْعِ، وَكَذَا إِذَا شَرَطَ الْأَقْلَ لَمَّا بَيَّنَّاهُ إِلَّا أَنْ يَحْدُثَ فِي الْمُبْعِ عَيْبٌ فَحِينَئِذٍ جَازَتْ الْإِقَالَةُ بِالْأَقْلِ؛ لِأَنَّ الْحَصْطَ يُجْعَلُ بِإِزَاءِ مَا فَاتَ بِالْعَيْبِ، وَعِنْدَهُمَا فِي شَرْطِ الزِّيَادَةِ يَكُونُ بَيْعًا؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ هُوَ الْبَيْعُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ جَعْلُهُ بَيْعًا مُمَكِّنٌ فَإِذَا زَادَ كَانَ قَاصِدًا بِهَذَا ابْتِدَاءَ الْبَيْعِ، وَكَذَا فِي شَرْطِ الْأَقْلِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْأَصْلُ عِنْدَهُ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ

(١) أخرجه أبو داود (٣٤٦٠)، وابن ماجه (٢١٩٩)، وأحمد (٢٥٢/٢). وانظر نصب الراية

رَحِمَهُ اللَّهُ هُوَ فَسَخَ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ لَا سَكُوتَ عَنْ بَعْضِ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ، وَلَوْ سَكَتَ عَنِ الْكُلِّ وَأَقَالَ يَكُونُ فَسَخًا فَهَذَا أَوَّلِي، بِخِلَافِ مَا إِذَا زَادَ، وَإِذَا دَخَلَهُ عَيْبٌ فَهُوَ فَسَخٌ بِالْأَقَلِّ لَمَّا بَيَّنَّاهُ.

الشرح:

(بَابُ الْإِقَالَةِ): (الْإِقَالَةُ) الْخِلَاصُ عَنْ حَبَثِ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ وَالْمَكْرُوهِ. لَمَّا كَانَ بِالْفَسَخِ كَانَ لِلْإِقَالَةِ تَعَلُّقٌ خَاصٌّ بِهِمَا فَأَعْقَبَ ذِكْرَهَا إِيَّاهُمَا، وَهِيَ مِنَ الْقِيلِ لَا مِنَ الْقَوْلِ، وَالْهَمْزَةُ لِلْسَّلْبِ كَمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ بَعْضٌ بِدَلِيلِ قُلْتُ الْبَيْعَ بِكُسْرِ الْقَافِ وَهِيَ جَائِزَةٌ لِقَوْلِهِ ﷺ «مَنْ أَقَالَ نَادِمًا بَيْعَتَهُ أَقَالَ اللَّهُ عَثْرَتَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ» نَذَبَ ﷺ إِلَيْهَا بِمَا يُوجِبُ التَّحْرِيزَ عَلَيْهَا مِنَ الثَّوَابِ إِخْبَارًا أَوْ ادِّعَاءً، وَكِلَاهُمَا لَا يَكُونُ إِلَّا لِمَشْرُوعٍ، وَلَأَنَّ الْعَقْدَ حَقَّهُمَا وَكُلُّ مَا هُوَ حَقُّهُمَا يَمْلِكَانِ رَفْعُهُ لِحَاجَتِهِمَا، وَشَرْطُهَا أَنْ تَكُونَ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ (فَإِنْ شَرَطَا أَكْثَرَ مِنْهُ أَوْ أَقَلَّ فَالشَّرْطُ بَاطِلٌ وَيُرَدُّ مِثْلُ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ أَنَّ الْإِقَالَةَ فَسَخٌ فِي حَقِّ الْمُتَعَاقِدَيْنِ) وَلِهَذَا بَطُلَ مَا نَطَقَا بِهِ مِنَ الزِّيَادَةِ عَلَى الثَّمَنِ الْأَوَّلِ وَالنَّقْصَانِ مِنْهُ.

وَلَوْ بَاعَ الْبَائِعُ الْمَبِيعَ مِنَ الْمُشْتَرِي قَبْلَ أَنْ يَسْتَرِدَّهُ مِنْهُ جَازَ وَلَوْ كَانَ يَبِيعًا لَمَّا جَازَ لِكَوْنِهِ قَبْلَ الْقَبْضِ يَبِيعًا جَدِيدًا فِي حَقِّ غَيْرِهِمَا وَلِهَذَا تَجِبُ الشُّفْعَةُ لِلشَّفِيعِ فِيمَا إِذَا بَاعَ دَارًا فَسَلَّمَ الشُّفْعَةَ ثُمَّ تَقَايَلَا وَعَادَ الْمَبِيعُ إِلَى مَلِكِ الْبَائِعِ، وَلَوْ كَانَ فَسَخًا فِي حَقِّ غَيْرِهِمَا لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ، وَشَرْطُ التَّقَابُضِ إِذَا كَانَ الْبَيْعُ صَرَفًا فَكَانَتْ فِي حَقِّ الشَّرِيعَةِ يَبِيعًا جَدِيدًا.

وَهَذَا لِأَنَّ لَفْظَهَا يُنْبِئُ عَنِ الْفَسَخِ كَمَا سَنَذْكُرُهُ، وَمَعْنَاهَا يُنْبِئُ عَنِ الْبَيْعِ لِكَوْنِهَا مُبَادَلَةً الْمَالِ بِالْمَالِ بِالْإِتْرَاضِي، وَجَعَلَهَا فَسَخًا أَوْ يَبِيعًا فَقَطُّ إِهْمَالًا لِأَحَدِ الْجَانِبَيْنِ وَإِعْمَالُهُمَا وَلَوْ بَوَاحٍ أَوَّلِي، فَجَعَلْنَاهَا مِنْ حَيْثُ اللَّفْظُ فَسَخًا فِي حَقِّ الْمُتَعَاقِدَيْنِ لِقِيَامِهِ بِهِمَا فَتَعَيَّنَ أَنْ تَكُونَ يَبِيعًا فِي حَقِّ غَيْرِهِمَا، فَإِنْ تَعَذَّرَ فَجَعَلَهَا فَسَخًا بَطَلَتْ كَمَا إِذَا وَلَدَتْ الْمَبِيعَةُ بَعْدَ الْقَبْضِ وَلَدًا فَإِنَّ الزِّيَادَةَ الْمُتَفَصِّلَةَ تَمْنَعُ فَسَخَ الْعَقْدِ حَقًّا لِلشَّرْعِ. وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ هِيَ يَبِيعٌ إِلَّا أَنْ يَتَعَذَّرَ جَعَلَهَا يَبِيعًا، كَمَا إِذَا تَقَايَلَا فِي الْمُنْقُولِ قَبْلَ الْقَبْضِ فَيُجْعَلُ فَسَخًا إِلَّا إِنْ تَعَذَّرَ جَعَلَهَا فَسَخًا فَتَبْطُلُ، كَمَا إِذَا تَقَايَلَا فِي الْعُرُوضِ الْمَبِيعَةِ بِالذَّرَاهِمِ بَعْدَ هَلَاكِهَا وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ هُوَ فَسَخٌ إِلَّا إِذَا تَعَذَّرَ ذَلِكَ، كَمَا إِذَا

تَقَايَلَا بِأَكْثَرِ مِنَ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ فَيُجْعَلُ بَيْنَا إِذَا تَعَذَّرَ ذَلِكَ فَتَبْطُلُ كَمَا فِي صُورَةِ بَيْعِ
الْعَرْضِ بِالذَّرَاهِمِ بَعْدَ هَلَاكِهِ. اسْتَدَلَّ مُحَمَّدٌ بِالْمَعْنَى اللَّغَوِيَّةِ فَقَالَ: إِنَّ اللَّفْظَ لِلْفَسْخِ
وَالدَّفْعِ: يَعْنِي أَنَّ حَقِيقَةَ ذَلِكَ يُقَالُ فِي الدُّعَاءِ أَقْلَنِي عَثْرَتِي، وَإِذَا أُمِكنَ الْعَمَلُ بِالْحَقِيقَةِ
لَا يُصَارُ إِلَى الْمَجَازِ فَيُعْمَلُ بِهَا، وَإِذَا تَعَذَّرَ يُحْمَلُ عَلَى مُحْتَمَلِهِ وَهُوَ الْبَيْعُ لِأَنَّهُ بَيْنَعُ فِي
حَقِّ نَالِثٍ.

وَاسْتَدَلَّ أَبُو يُوسُفَ بِمَعْنَاهُ فَإِنَّهُ مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ بِالتَّرَاضِي وَلَيْسَ الْبَيْعُ إِلَّا ذَلِكَ،
وَاعْتَصَدَ بِثُبُوتِ أَحْكَامِ الْبَيْعِ مِنْ بُطْلَانِهَا بِهَلَاكِ السَّلْعَةِ وَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ وَثُبُوتِ الشُّفْعَةِ.
وَعُورِضَ بَأَنَّهُ لَوْ كَانَتْ بَيْنَا أَوْ مُحْتَمَلَةً لَهُ لَا تَعْقَدُ الْبَيْعُ بِلَفْظِ الْإِقَالَةِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ.
وَأُجِيبَ بِمَنْعِ بُطْلَانِ الْإِجْرَامِ عَلَى الْمَرْوِيِّ عَنْ بَعْضِ الْمَشَايخِ، وَبِالْفَرْقِ بَعْدَ التَّسْلِيمِ بَأَنَّهُ
إِذَا قَالَ ابْتِدَاءً أَقْلَنْتُكَ الْعَقْدَ فِي هَذَا الْعَبْدِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَلَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمَا عَقْدٌ أَصْلًا تَعَذَّرَ
تَصْحِيحُهَا بَيْنَا لِأَنَّ الْإِقَالَةَ إِنَّمَا أُضِيفَتْ إِلَى مَا لَا وَجُودَ لَهُ فَتَبْطُلُ فِي مَخْرَجِهَا، وَمَا
نَحْنُ فِيهِ لَيْسَ كَذَلِكَ لِأَنَّهَا أُضِيفَتْ إِلَى مَا لَهُ وَجُودٌ: أَعْنِي بِهِ سَابِقَةَ الْعَقْدِ قَبْلُهَا فَلَمْ
يَلْزَمْ مِنْ إِرَادَةِ الْمَجَازِ مِنَ اللَّفْظِ فِي مَوْضِعِ لَوْجُودِ الدَّلَالَةِ عَلَى مَا أَرَادَ مِنَ الْمَجَازِ إِرَادَةُ
الْمَجَازِ فِي سَائِرِ الصُّوَرِ عِنْدَ عَدَمِ دَلَالَةِ الدَّلِيلِ عَلَى الْمَجَازِ، وَفِيهِ نَظَرٌ مِنْ وَجْهَيْنِ:
أَحَدُهُمَا أَنَّهُ يُفْهَمُ مِنْهُ أَنَّ أَبَا يُوسُفَ يَجْعَلُ الْإِقَالَةَ بَيْنَا مَجَازًا وَذَلِكَ مَصِيرٌ إِلَى الْمَجَازِ مَعَ
إِمْكَانِ الْعَمَلِ بِالْحَقِيقَةِ وَهُوَ لَا يَجُوزُ.

وَالثَّانِي أَنَّ قَوْلَهُ أَقْلَنْتُكَ الْعَقْدَ فِي هَذَا الْعَبْدِ مَعْنَاهُ عَلَى ذَلِكَ التَّقْدِيرِ بَعَثَكَ هَذَا
الْعَبْدَ، وَذَلِكَ يَفْتَضِي نَفْيَ سَابِقَةِ الْعَقْدِ. وَاسْتَدَلَّ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ اللَّفْظَ يُنْبِئُ عَنْ
الْفَسْخِ وَالرَّفْعِ كَمَا قُلْنَا فَهُوَ حَقِيقَةٌ فِيهِ، وَالْأَصْلُ إِعْمَالُ الْأَلْفَافِ فِي حَقَائِقِهَا، فَإِنْ تَعَذَّرَ
ذَلِكَ صِيرَ إِلَى الْمَجَازِ إِنْ أُمِكنَ وَإِلَّا بَطَلَا، وَهَاهُنَا لَمْ يُمَكِّنْ أَنْ يُجْعَلَ مَجَازًا عَنْ ابْتِدَاءِ
الْعَقْدِ لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُهُ لَكُونُهَا ضِدَّهُ، وَاسْتِعَارَةُ أَحَدِ الضَّدَّيْنِ لِلآخَرِ لَا تَجُوزُ كَمَا عَرِفَ
فِي مَوْضِعِهِ.

فَإِنْ قِيلَ: الْإِقَالَةُ بَيْنَعُ جَدِيدٌ فِي حَقِّ الثَّالِثِ وَلَوْ لَمْ يُحْتَمَلِ الْبَيْعُ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ.
أَجَابَ الْمُصَنِّفُ بِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِطَرِيقِ الْمَجَازِ، إِذْ الثَّابِتُ بِالْمَجَازِ ثَابِتٌ بِقَضِيَّةِ الصِّعَةِ،
وَهَذَا لَيْسَ كَذَلِكَ إِذْ لَا وِلَايَةَ لَهَا عَلَى غَيْرِهَا لِيَكُونَ لَفْظُهُمَا عَامِلًا فِي حَقِّهِ، بَلْ هُوَ

أَمْرٌ ضَرُورِيٌّ، لِأَنَّهُ لَمَّا ثَبَتَ مِثْلُ حُكْمِ الْبَيْعِ وَهُوَ الْمَلِكُ لِلْبَائِعِ تَبَدَّلَ ظَاهِرُهُ مُوجِبِهِ فِي حَقِّ ثَلَاثٍ ذَوْنَهُمَا لَامْتِنَاعِ ثُبُوتِ الضَّدِّينِ فِي مَحَلٍّ وَاحِدٍ، وَتَقْرِيرُهُ بِوَجْهِ الْبَسْطِ أَنَّ الْبَيْعَ وَضَعَ لِإِثْبَاتِ الْمَلِكِ قَصْدًا، وَزَوَالَ الْمَلِكِ مِنْ ضَرُورَاتِهِ، وَالْإِقَالَةُ وَضَعَتْ لِإِزَالَةِ الْمَلِكِ وَإِبْطَالِهِ، وَثُبُوتُ الْمَلِكِ لِلْبَائِعِ مِنْ ضَرُورَاتِهِ، فَيُثْبِتُ الْمَلِكُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِيمَا كَانَ لِصَاحِبِهِ كَمَا يَثْبُتُ فِي الْمُبَايَعَةِ، فَاعْتَبِرَ مُوجِبُ الصَّيْغَةِ فِي حَقِّ الْمُتَعَاذِلِينَ لِأَنَّ لُهُمَا وَلَايَةً عَلَى أَنْفُسِهِمَا فَتَعَيَّنَ اعْتِبَارُ الْحُكْمِ فِي حَقِّ غَيْرِهِمَا لِأَنَّهُ لَيْسَ لُهُمَا وَلَايَةً عَلَى غَيْرِهِمَا.

وَوَجْهٌ آخَرُ أَنَّ الْمُدَّعَى أَنْ كَوْنَ الْإِقَالَةِ بَيِّنًا جَدِيدًا فِي حَقِّ ثَلَاثٍ لَيْسَ مُقْتَضَى الصَّيْغَةِ لِأَنَّ كَوْنَهَا فَسْخًا بِمُقْتَضَاهَا، فَلَوْ كَانَ كَوْنُهَا بَيِّنًا كَذَلِكَ لَزِمَ الْجَمْعُ بَيْنَ الْحَقِيقَةِ وَالْمَجَازِ وَهُوَ مُحَالٌ، وَالْجَوَابُ لِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ عَمَّا اسْتَدَلَّ بِهِ أَبُو يُوسُفَ مِنْ ثُبُوتِ الْأَحْكَامِ مَا قِيلَ: الشَّارِعُ يُبَدِّلُ الْأَحْكَامَ فَلَا يُغَيِّرُ الْحَقَائِقَ فَإِنَّهُ أَخْرَجَ دَمَ الْإِسْتِحَاضَةِ عَنْ كَوْنِهِ حَدَثًا، وَفَسَادُ الْإِقَالَةِ عِنْدَ هَلَاكِ الْمَبِيعِ وَثُبُوتُ حَقِّ الشُّفْعَةِ مِنَ الْأَحْكَامِ فَجَازَ أَنْ يُغَيَّرَ وَيُثْبِتَ فِي ضِمَنِ الْإِقَالَةِ، وَأَمَّا الْإِقَالَةُ فَمِنْ الْحَقَائِقِ فَلَا يُخْرِجُهَا عَنْ حَقِيقَتِهَا الَّتِي هِيَ الْفَسْخُ، إِذَا ثَبَتَ هَذَا: أَيُّ مَا ذَكَرَ مِنَ الْأَصْلِ نَقُولُ: إِذَا شَرِطَ الْأَكْثَرُ فَالْإِقَالَةُ عَلَى الثَّمَنِ الْأَوَّلِ لِتَعَذُّرِ الْفَسْخِ عَلَى الزِّيَادَةِ لِأَنَّ فَسْخَ الْعَقْدِ عِبَارَةٌ عَنْ رَفْعِهِ عَلَى الْوَصْفِ الَّذِي كَانَ قَبْلَهُ، وَالْفَسْخُ عَلَى الزِّيَادَةِ لَيْسَ كَذَلِكَ لِأَنَّ فِيهِ رَفْعَ مَا لَمْ يَكُنْ ثَابِتًا وَهُوَ مُحَالٌ فَيَنْبُطِلُ الشَّرْطُ لَا الْإِقَالَةُ لِأَنَّهَا لَا تَبْطُلُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدِ، لِأَنَّ الشَّرْطَ يُشْبِهُ الرِّبَا لِأَنَّ فِيهِ نَفْعًا لِأَحَدِ الْمُتَعَاذِلِينَ وَهُوَ مُسْتَحَقٌّ بِعَقْدِ الْمَعَاوَضَةِ خَالٍ عَنْ الْعَوَضِ، وَالْإِقَالَةُ تُشْبِهُ الْبَيْعَ مِنْ حَيْثُ الْمَعْنَى فَكَانَ الشَّرْطُ الْفَاسِدُ فِيهَا شُبْهَةً الشُّبْهَةِ فَلَا يُؤْتَرُ فِي صِحَّةِ الْإِقَالَةِ كَمَا لَا يُؤْتَرُ فِي صِحَّةِ الْبَيْعِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ فَإِنَّ الزِّيَادَةَ فِيهِ إِثْبَاتٌ مَا لَمْ يَكُنْ بِالْعَقْدِ فَيَسْتَحَقُّ الرِّبَا، وَلَئِنْ فِي الشَّرْطِ شُبْهَةُ الرِّبَا وَهِيَ مُعْتَبَرَةٌ، وَكَذَا إِذَا شَرِطَ الْأَقْلَ مِنَ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ لَمَّا بَيَّنَّا مِنْ أَنَّ رَفْعَ مَا لَمْ يَكُنْ ثَابِتًا مُحَالًا، وَالثَّقَصَانُ لَمْ يَكُنْ ثَابِتًا فَرَفَعُهُ يَكُونُ مُحَالًا إِلَّا أَنْ يَحْدُثَ فِي الْمَبِيعِ عَيْبٌ فَجَازَتْ الْإِقَالَةُ بِالْأَقْلَ لِأَنَّ الْحَطَّ يُجْعَلُ بِإِزَاءِ مَا فَاتَ بِالْعَيْبِ.

وَصُورَةُ هَذِهِ الْمَسَائِلِ الثَّلَاثِ: مَا إِذَا اشْتَرَى جَارِيَةً بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ وَتَقَايَلَا بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ صَحَّتْ الْإِقَالَةُ، وَإِنْ تَقَايَلَا بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ صَحَّتْ بِالْأَلْفِ وَلَعَا ذِكْرُ الْبَاقِي،

وَأِنْ تَقَايَلَا بِالْفِ إِلَّا مِائَةً، فَإِنْ لَمْ يَدْخُلْهَا عَيْبٌ صَحَّتْ بِالْفِ وَلَعَا النَّقْصُ وَوَجَبَ عَلَى الْبَائِعِ رَدُّ الْأَلْفِ عَلَى الْمُشْتَرِي، وَإِنْ دَخَلَهَا عَيْبٌ صَحَّتْ الْإِقَالَةُ بِمَا شَرِطَ وَيَصِيرُ الْمَخْطُوطُ بِإِزَاءِ نُقْصَانِ الْعَيْبِ، لِأَنَّهُ لَمَّا احْتَبَسَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي جُزْءٌ مِنَ الْمَبِيعِ جَازَ أَنْ يَحْتَبِسَ عِنْدَ الْبَائِعِ جُزْءٌ مِنَ الثَّمَنِ، وَجَوَابُ الْكِتَابِ مُطْلَقٌ عَنْ أَنْ يَكُونَ الْحَطُّ بِمِقْدَارِ حِصَّةِ الْعَيْبِ أَوْ أَكْثَرَ بِمِقْدَارِ مَا يَتَعَابَنُ النَّاسُ فِيهِ أَوْ لَا.

وَقَالَ بَعْضُ الْمَشَائِخِ: تَأْوِيلُ الْمَسْأَلَةِ ذَلِكَ هَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَهُمَا فِي شَرْطِ الزِّيَادَةِ يَكُونُ بَيْعًا لِأَنَّ الْأَصْلَ هُوَ الْبَيْعُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ وَإِنْ كَانَتْ فُسْخًا، لَكِنَّهُ فِي الزِّيَادَةِ غَيْرُ مُمَكِّنٍ وَجَعَلَهَا بَيْعًا مُمَكِّنًا، فَإِذَا زَادَ تَعَذَّرَ الْعَمَلُ بِالْحَقِيقَةِ فَيُصَارُ إِلَى الْمَجَازِ صَوْنًا لِكَلَامِ الْعُقَلَاءِ عَنِ الْإِلْعَاءِ.

وَلَا فَرْقَ فِي الزِّيَادَةِ وَالنُّقْصَانِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لِأَنَّ الْأَصْلَ عِنْدَهُ هُوَ الْبَيْعُ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ الْفُسْخُ مُمَكِّنٌ فِي فَصْلِ النُّقْصَانِ لِأَنَّهُ لَوْ سَكَتَ عَنْ جَمِيعِ الثَّمَنِ وَأَقَالَ كَانَ فُسْخًا فَهَذَا أَوَّلِي، وَاعْتَرِضَ بَأَنَّ كَوْنَهُ فُسْخًا إِذَا سَكَتَ عَنْ كُلِّ الثَّمَنِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ عَلَى مَذْهَبِهِ خَاصَّةً أَوْ عَلَى الْإِتِّفَاقِ، وَالْأَوَّلُ رَدُّ الْمُخْتَلَفِ عَلَى الْمُخْتَلَفِ، وَالثَّانِي غَيْرُ نَاهِضٍ لِأَنَّ أَبَا يُوسُفَ إِمَّا يَجْعَلُهُ فُسْخًا لَامْتِنَاعِ جَعْلِهِ بَيْعًا لَانْتِفَاءِ ذِكْرِ الثَّمَنِ، بِخِلَافِ صُورَةِ النُّقْصَانِ. فَإِنَّ فِيهَا مَا يَصْلُحُ تَمْنًا. فَإِذَا دَخَلَهُ عَيْبٌ فَهُوَ فُسْخٌ بِالْأَقَلِّ: يَعْنِي بِالْإِتِّفَاقِ، لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّ الْحَطَّ يُجْعَلُ بِإِزَاءِ مَا فَاتَ بِالْعَيْبِ.

وَلَوْ أَقَالَ بِغَيْرِ جِنْسِ الثَّمَنِ الْأَوَّلُ فَهُوَ فُسْخٌ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَيَجْعَلُ التَّسْمِيَةَ لِعَوَا عِنْدَهُمَا بَيْعٌ لَمَّا بَيَّنَّا، وَلَوْ وَلَدَتْ الْمَبِيعَةُ وَلَدًا ثُمَّ تَقَايَلَا فَالْإِقَالَةُ بَاطِلَةٌ عِنْدَهُ لِأَنَّ الْوَلَدَ مَانِعٌ مِنَ الْفُسْخِ، وَعِنْدَهُمَا تَكُونُ بَيْعًا وَالْإِقَالَةُ قَبْلَ الْقَبْضِ فِي الْمَنْقُولِ، وَغَيْرِهِ فَسْخٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ كَذَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الْمَنْقُولِ لَتَعَذُّرِ الْبَيْعِ، وَفِي الْعَقَارِ يَكُونُ بَيْعًا عِنْدَهُ لِإِمْكَانِ الْبَيْعِ، فَإِنْ بَاعَ الْعَقَارَ قَبْلَ الْقَبْضِ جَائِزٌ عِنْدَهُ.

الشرح:

وَلَوْ أَقَالَ بِغَيْرِ جِنْسِ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ فَهُوَ فُسْخٌ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَتُجْعَلُ التَّسْمِيَةُ لِعَوَا، وَعِنْدَهُمَا بَيْعٌ لَمَّا بَيَّنَّا مِنْ وَجْهِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي فَصْلِ الزِّيَادَةِ.

وَلَوْ وَلَدَتْ الْمِيعَةُ ثُمَّ تَقَايَلَا بَطَلَتْ الْإِقَالَةُ عِنْدَهُ لِأَنَّ الْوَلَدَ مَانِعٌ مِنَ الْفَسْخِ، هَذَا إِذَا وَلَدَتْ بَعْدَ الْقَبْضِ، أَمَّا إِذَا وَلَدَتْ قَبْلَهُ فَالْإِقَالَةُ صَحِيحَةٌ عِنْدَهُ.

وَحَاصِلُهُ مَا ذَكَرَهُ فِي الدَّخِيرَةِ أَنَّ الْجَارِيَةَ إِذَا أَزْدَادَتْ ثُمَّ تَقَايَلَا، فَإِنْ كَانَ قَبْلَ الْقَبْضِ صَحَّتْ الْإِقَالَةُ سَوَاءً كَانَتْ الزِّيَادَةُ مُتَّصِلَةً كَالسَّمَنِ وَالْجَمَالِ أَوْ مُنْفَصِلَةً كَالْوَلَدِ وَالْأَرَشِ وَالْعُفْرِ، لِأَنَّ الزِّيَادَةَ قَبْلَ الْقَبْضِ لَا تَمْنَعُ الْفَسْخَ مُنْفَصِلَةً كَانَتْ أَوْ مُتَّصِلَةً، وَإِنْ كَانَتْ الزِّيَادَةُ بَعْدَ الْقَبْضِ، إِنْ كَانَتْ مُنْفَصِلَةً فَالْإِقَالَةُ بَاطِلَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لِأَنَّهُ لَا يُصَحِّحُهَا إِلَّا فُسْخًا وَقَدْ تَعَذَّرَ حَقًّا لِلشَّرْعِ، وَإِنْ كَانَتْ مُتَّصِلَةً فَهِيَ صَحِيحَةٌ عِنْدَهُ لِأَنَّهُ لَا تَمْنَعُ الْفَسْخَ بَرِضًا مَنْ لَهُ الْحَقُّ فِي الزِّيَادَةِ يُبْطِلَانِ حَقَّهُ فِيهَا، وَالتَّقَايُلُ دَلِيلُ الرِّضَا فَأَمَّا مَنْ تَصَحِّحُهَا فُسْخًا، وَالْإِقَالَةُ فِي الْمَنْقُولِ قَبْلَ الْقَبْضِ فَسُخٌ بِالِاتِّفَاقِ لِمُتَنَاعِ الْبَيْعِ، وَأَمَّا فِي غَيْرِهِ كَالْعَقَارِ فَإِنَّهُ فَسُخٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، وَأَمَّا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ فَيَنْبَغُ لِحَوَازِ الْمِيعَةِ فِي الْعَقَارِ قَبْلَ الْقَبْضِ عِنْدَهُ.

(قَالَ وَهَلَاكُ الثَّمَنِ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الْإِقَالَةِ وَهَلَاكُ الْمَبِيعِ يَمْنَعُ مِنْهَا) لِأَنَّ رَفْعَ الْبَيْعِ يَسْتَدْعِي قِيَامَهُ وَهُوَ قَائِمٌ بِالْبَيْعِ دُونَ الثَّمَنِ (فَإِنْ هَلَكَ بَعْضُ الْمَبِيعِ جَازَتْ الْإِقَالَةُ فِي الْبَاقِي)؛ لِقِيَامِ الْبَيْعِ فِيهِ، وَإِنْ تَقَايَضًا تَجَوَّزَ الْإِقَالَةُ بَعْدَ هَلَاكِ أَحَدِهِمَا وَلَا تَبْطُلُ بِهِلَاكِ أَحَدِهِمَا لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَبِيعٌ فَكَانَ الْمَبِيعُ بَاقِيًا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ

الشرح:

قَالَ (وَهَلَاكُ الثَّمَنِ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الْإِقَالَةِ إلخ) هَلَاكُ الثَّمَنِ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الْإِقَالَةِ. وَهَلَاكُ الْمَبِيعِ يَمْنَعُ مِنْهَا لِأَنَّ رَفْعَ الْبَيْعِ يَسْتَدْعِي قِيَامَ الْبَيْعِ، فَإِنْ رَفَعَ الْمَعْدُومُ مُحَالَ وَقِيَامَ الْبَيْعِ بِالْمَبِيعِ دُونَ الثَّمَنِ لِأَنَّ الْأَصْلَ هُوَ الْمَبِيعُ وَلِهَذَا شَرِطَ وَجُودَهُ عِنْدَ الْبَيْعِ، بِخِلَافِ الثَّمَنِ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْوَصْفِ وَلِهَذَا جَازَ الْعَقْدُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَوْجُودًا كَمَا عُرِفَ فِي الْأَصُولِ. وَلَوْ هَلَكَ بَعْضُ الْمَبِيعِ جَازَتْ الْإِقَالَةُ فِي الْبَاقِي لِقِيَامِ الْمَبِيعِ فِيهِ، وَلَوْ تَقَايَضًا جَازَتْ الْإِقَالَةُ بَعْدَ هَلَاكِ أَحَدِهِمَا: أَيْ أَحَدِ الْعَوْضَيْنِ ابْتِدَاءً بِأَنَّ تَبَايَعًا عَبْدًا بِجَارِيَةٍ فَهَلَكَ الْعَبْدُ فِي يَدِ بَائِعِ الْجَارِيَةِ ثُمَّ أَقَالَ الْبَيْعَ فِي الْجَارِيَةِ وَجَبَ رَدُّ قِيمَةِ الْعَبْدِ، وَلَا تَبْطُلُ بِهِلَاكِ أَحَدِهِمَا بَعْدَ وَجُودِهِمَا لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَبِيعٌ فَكَانَ الْبَيْعُ قَائِمًا، أَمَّا إِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا هَالِكًا وَقَدْ انقضى الْإِقَالَةُ وَالْآخَرُ قَائِمًا وَصَحَّتْ الْإِقَالَةُ ثُمَّ هَلَكَ الْقَائِمُ قَبْلَ

الرَّدُّ فَقَدْ بَطَلَتْ الْإِقَالَةُ، وَلَا يُشْكَلُ بِالْمُقَايَظَةِ فَإِنَّهَا لَا تَبْقَى إِذَا هَلَكَ أَحَدُ الْعَوْضَيْنِ قَبْلَ الْقَبْضِ أَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا هَالِكًا وَقَتَ الْبَيْعِ فَإِنَّهَا لَا تَصِحُّ، مَعَ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي مَعْنَى الْآخَرِ لِأَنَّ الْإِقَالََةَ وَإِنْ كَانَ لَهَا حُكْمُ الْبَيْعِ لَكِنَّهَا لَيْسَتْ بِبَيْعٍ عَلَى الْحَقِيقَةِ فَتَجُوزُ بَعْدَ هَلَكَ الْعَوْضَيْنِ، بِخِلَافِ الْمُقَايَظَةِ فَإِنَّهَا بَيِّعٌ عَلَى الْحَقِيقَةِ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْعَوْضَيْنِ جِهَةٌ كَوْنُهُ مَبِيعًا فَأُلْحِقَ بِالْبَيْعِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، وَهَلَكَ الْمَبِيعُ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ مُبْطِلٌ لِلْعَقْدِ إِذَا كَانَ قَبْلَ الْقَبْضِ، وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِهَلَكَ أَحَدُهُمَا لِأَنَّ هَلَكَهُمَا جَمِيعًا مُبْطِلٌ لِلْإِقَالََةِ، بِخِلَافِ التَّصَارُفِ فَإِنَّ هَلَكَ الْبَدَلَيْنِ جَمِيعًا فِيهِ غَيْرُ مَانِعٍ عَنِ الْإِقَالََةِ، مَعَ أَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْعَوْضَيْنِ فِيهِ حُكْمُ الْمَبِيعِ وَالتَّمَنِّي كَمَا فِي الْمُقَايَظَةِ، لِأَنَّهُمَا لَمَّا لَمْ يَتَعَيَّنَا لَمْ تَتَعَلَّقْ الْإِقَالََةُ بِأَعْيَانِهِمَا لَوْ كَانَا قَائِمَيْنِ بَلْ رُدُّ الْمَقْبُوضِ وَرُدُّ مِثْلِهِ سَيَّانٍ، فَصَارَ هَلَكَهُمَا كَقِيَامِهِمَا، وَفِي الْمُقَايَظَةِ تَعَلَّقَتْ بِأَعْيَانِهِمَا قَائِمَيْنِ فَمَتَى هَلَكَ لَمْ يَبْقَ شَيْءٌ مِنَ الْمَقْضُودِ عَلَيْهِ ثَرْدُ الْإِقَالََةِ عَلَيْهِ. وَاعْلَمْ أَنَّ الْإِقَالََةَ تَصِحُّ بِلَفْظَيْنِ: أَحَدُهُمَا يُعَبَّرُ بِهِ عَنِ الْمُسْتَقْبَلِ نَحْوُ أَنْ يَقُولَ أَقْلَنِي فَيَقُولَ الْآخَرُ أَقَلْتُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا تَصِحُّ إِلَّا بِلَفْظَيْنِ يُعَبَّرُ بِهِمَا عَنِ الْمَاضِي مِثْلُ أَنْ يَقُولَ أَقَلْتُ الْبَيْعَ فَيَقُولَ الْآخَرُ قَبِلْتُ اعْتِبَارًا بِالْبَيْعِ. وَلَهُمَا أَنَّ الْإِقَالََةَ لَا تَكُونُ إِلَّا بَعْدَ نَظَرٍ وَتَأْمُلٍ فَلَا يَكُونُ قَوْلُهُ أَقْلَنِي مُسَاوِمَةً بَلْ كَانَ تَحْقِيقًا لِلتَّصَرُّفِ كَمَا فِي النِّكَاحِ وَبِهِ فَرَّقَ الْبَيْعَ.

بَابُ الْمُرَابَحَةِ وَالتَّوْلِيَةِ

قَالَ (الْمُرَابَحَةُ نَقْلُ مَا مَلَكَهُ بِالْعَقْدِ الْأَوَّلِ بِالتَّمَنِّي الْأَوَّلِ مَعَ زِيَادَةِ رِبْحٍ، وَالتَّوْلِيَةُ نَقْلُ مَا مَلَكَهُ بِالْعَقْدِ الْأَوَّلِ بِالتَّمَنِّي الْأَوَّلِ مِنْ غَيْرِ زِيَادَةِ رِبْحٍ) وَالْبَيْعَانِ جَائِزَانِ؛ لِاسْتِجْمَاعِ شَرَائِطِ الْجَوَازِ، وَالْحَاجَةُ مَاسَّةٌ إِلَى هَذَا النَّوعِ مِنَ الْبَيْعِ؛ لِأَنَّ الْغَيْبِيَّ الَّذِي لَا يَهْتَدِي فِيهِ التَّجَارَةُ يَحْتَاجُ إِلَى أَنْ يَعْتَمِدَ فِعْلَ الذَّكِيِّ الْمُهْتَدِي وَتَطْيِيبُ نَفْسِهِ بِمِثْلِ مَا اشْتَرَى وَبِزِيَادَةِ رِبْحٍ فَوَجِبَ الْقَوْلُ بِجَوَازِهِمَا، وَلِهَذَا كَانَ مَبْنَاهُمَا عَلَى الْأَمَانَةِ وَالْإِحْتِرَازِ عَنِ الْخِيَانَةِ وَعَنِ شُبُهَتَيْهَا، وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا أَرَادَ الْهَجْرَةَ ابْتِاعَ أَبُو بَكْرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بَعِيرَيْنِ فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ: وَلَنِي أَحَدَهُمَا، فَقَالَ: هُوَ لَكَ بِغَيْرِ شَيْءٍ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: أَمَّا بِغَيْرِ تَمَنٍّ فَلَا»^(١).

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٦٣/٤): غريب، وأخرجه البخاري (٣٩٠٥) عن عائشة رضي

الشرح:

(بَابُ الْمُرَابَحَةِ وَالتَّوَلِيَةِ): لَمَّا فَرَعَ مِمَّا يَتَعَلَّقُ بِالْأَصْلِ وَهُوَ الْمَبِيعُ مِنَ الْبُيُوعِ
الْإِلَازِمَةِ وَغَيْرِ الْإِلَازِمَةِ وَمَا يَرَفَعُهُمَا شَرَعَ فِي بَيَانِ الْأَنْوَاعِ الَّتِي تَتَعَلَّقُ بِالثَّمَنِ مِنَ الْمُرَابَحَةِ
وَالْتَّوَلِيَةِ وَغَيْرِهِمَا، وَقَدْ ذَكَرْنَا فِي أَوَّلِ الْبُيُوعِ وَوَعَدْنَا تَفْصِيلَهَا وَهَذَا مَوْضِعُهُ. وَعَرَفَ
الْمُرَابَحَةَ بِنَقْلِ مَا مَلَكَهُ بِالْعَقْدِ الْأَوَّلِ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ مَعَ زِيَادَةِ رِبْحٍ. وَاعْتَرَضَ عَلَيْهِ بِأَنَّهُ غَيْرُ
مُطَرِّدٍ وَلَا مُنْعَكِسٍ.

أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَأَنَّ مَنْ اشْتَرَى دَنَانِيرَ بِالدَّرَاهِمِ مُرَابَحَةً لَا يَجُوزُ بَيْنَ الدَّنَانِيرِ
مُرَابَحَةً مَعَ صِدْقِ التَّعْرِيفِ عَلَيْهِ. وَأَمَّا الثَّانِي فَلَأَنَّ الْمَغْصُوبَ الْآبِقَ إِذَا عَادَ بَعْدَ الْقَضَاءِ
بِالْقِيَمَةِ عَلَى الْغَاصِبِ جَازَ بَيْعُهُ مِنَ الْغَاصِبِ مُرَابَحَةً، وَالتَّعْرِيفُ لَيْسَ بِصَادِقٍ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ
لَا عَقْدَ فِيهِ، وَبِأَنَّهُ مُشْتَمِلٌ عَلَى إِبْهَامٍ يَجِبُ عَنْهُ خُلُوُ التَّعْرِيفِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ قَوْلَهُ بِالثَّمَنِ
الْأَوَّلِ إِمَّا أَنْ يُرَادَ بِهِ عَيْنُ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ أَوْ مِثْلُهُ، لَا سَبِيلَ إِلَى الْأَوَّلِ لِأَنَّ عَيْنَ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ
صَارَ مِلْكًا لِلْبَائِعِ الْأَوَّلِ فَلَا يَكُونُ عَيْنُهُ مُرَادًا فِي الْبَيْعِ الثَّانِي، وَلَا إِلَى الثَّانِي لِأَنَّهُ لَا
يَخْلُو إِمَّا أَنْ يُرَادَ الْمِثْلُ مِنْ حَيْثُ الْجِنْسُ أَوْ الْمَقْدَارُ، وَالْأَوَّلُ لَيْسَ بِشَرْطٍ لَمَّا ذَكَرَ فِي
الْإِيضَاحِ وَالْمَحِيطِ أَنَّهُ إِذَا بَاعَهُ مُرَابَحَةً فَإِنْ كَانَ مَا اشْتَرَاهُ بِهِ لَهُ مِثْلٌ جَازَ سَوَاءً جَعَلَ
الرَّبْحَ مِنْ جِنْسِ رَأْسِ الْمَالِ الدَّرَاهِمِ مِنَ الدَّرَاهِمِ أَوْ مِنْ غَيْرِ الدَّرَاهِمِ مِنَ الدَّنَانِيرِ أَوْ عَلَى
الْعَكْسِ إِذَا كَانَ مَعْلُومًا يَجُوزُ بِهِ الشِّرَاءُ لِأَنَّ الْكُلَّ ثَمَنٌ.

وَالثَّانِي يَقْتَضِي أَنْ لَا يُضْمَ إِلَى رَأْسِ الْمَالِ أَجْرُهُ الْقَصَارِ وَالصَّبَاغِ وَالطَّرَازِ وَغَيْرِهَا
لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِثَمَنِ فِي الْعَقْدِ الْأَوَّلِ، عَلَى أَنَّ الثَّمَنَ لَيْسَ بِشَرْطٍ فِي الْمُرَابَحَةِ أَصْلًا، فَإِنَّهُ لَوْ
مَلَكَ ثَوْبًا بِهَبَةٍ أَوْ وَصِيَّةً فَقَوْمَهُ ثُمَّ بَاعَهُ مُرَابَحَةً عَلَى تِلْكَ الْقِيَمَةِ جَازَ، وَالْمَسْأَلَةُ فِي الْمَبْسُوطِ.
قِيلَ: فَعَلَى هَذَا الْأَوَّلِ أَنْ يُقَالَ نَقْلُ مَا مَلَكَهُ مِنَ السَّلْعِ بِمَا قَامَ عَنْدهُ.

وَالْجَوَابُ عَنْ الْأَوَّلِ أَنَّا لَا نُسَلِّمُ صِدْقَ التَّعْرِيفِ عَلَيْهِ، فَإِنَّهُ إِذَا لَمْ يُجْزِ الْبَيْعُ لَا
يَصْدُقُ عَلَيْهِ النَّقْلُ. وَعَنْ الثَّانِي بَأَنَّ الْمُرَادَ بِالْعَقْدِ أَعْمٌ مِنْ أَنْ يَكُونَ ابْتِدَاءً أَوْ انْتِهَاءً، وَإِذَا
قَضَى الْقَاضِي بِالْقِيَمَةِ عَادَ ذَلِكَ عَقْدًا حَتَّى لَا يَقْدَرَ الْمَالِكُ عَلَى رَدِّ الْقِيَمَةِ وَأَخَذِ

الْمَعْصُوبِ، وَالْمَرَادُ بِالْمِثْلِ هُوَ الْمِثْلُ فِي الْمَقْدَارِ، وَالْعَادَةُ جَرَتْ بِالْحَاقِ مَا يَزِيدُ فِي الْمَبِيعِ أَوْ قِيمَتِهِ إِلَى رَأْسِ الْمَالِ فَكَانَ مِنْ جُمْلَةِ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ عَادَةً، وَإِذَا لَمْ يَكُنِ الثَّمَنُ نَفْسُهُ مُرَادًا يُجْعَلُ مَجَازًا عَمَّا قَامَ عِنْدَهُ مِنْ غَيْرِ خِيَاةٍ فَتَدْخُلُ فِيهِ مَسْأَلَةُ الْمَبْسُوطِ، وَإِنَّمَا عَبَّرَ عَنْهُ بِالثَّمَنِ لِكَوْنِهِ الْعَادَةُ الْغَالِبَةُ فِي الْمُرَابِحَاتِ فَيَكُونُ مِنْ بَابِ تَرْكِ الْحَقِيقَةِ لِلْعَادَةِ (قَوْلُهُ وَالتَّوَلِيَّةُ نَقْلٌ مَا مَلَكَهُ بِالْعَقْدِ الْأَوَّلِ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ مِنْ غَيْرِ زِيَادَةِ رِبْحٍ) يَرُدُّ عَلَيْهِ مَا كَانَ يَرُدُّ عَلَى الْمُرَابِحَةِ مِنْ حَيْثُ لَفْظُ الْعَقْدِ وَالثَّمَنِ الْأَوَّلِ، وَالْجَوَابُ (وَالْيَعْنَانِ جَائِزَانِ) لَا اسْتِجْمَاعَ شَرَائِطِ الْجَوَازِ.

وَلَتَعَامَلَ النَّاسُ مِنْ غَيْرِ إِنْكَارٍ وَلِمَسَاسِ الْحَاجَةِ، لِأَنَّ الْعَبِيَّ الَّذِي لَا يَهْتَدِي فِي التَّجَارَةِ وَالصَّفَةَ كَاشِفَةً يَحْتَاجُ إِلَى أَنْ يَتَعَمَّدَ عَلَى فِعْلِ الذَّكِيِّ الْمُهْتَدِي وَتَطْيِبُ نَفْسُهُ بِمِثْلِ مَا اشْتَرَاهُ وَبِزِيَادَةِ رِبْحٍ، وَقَدْ صَحَّتِ التَّوَلِيَّةُ مِنَ النَّبِيِّ ﷺ كَمَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ فَوَجِبَ الْقَوْلُ بِجَوَازِهِمَا لَوْجُودِ الْمُتَضَيِّ وَانْتِفَاءِ الْمَانِعِ (وَلِهَذَا) أَيُّ لِلْإِحْتِيَاجِ إِلَى الْإِعْتِمَادِ كَانَ مَبْنًى لِلْمَبِيعِينَ: أَيُّ بِنَاؤُهُمَا عَلَى الْأَمَانَةِ وَالْإِحْتِرَازِ عَنِ الْخِيَاةِ وَشَبْهَيْهَا، وَأَكَّدَ بِقَوْلِهِ وَالْإِحْتِرَازَ عَنِ الْخِيَاةِ وَأَصَابَ لِقِضَاءِ الْمَقَامِ ذَلِكَ، وَعَنْ هَذَا لَمْ تَصِحَّ الْمُرَابِحَةُ وَالتَّوَلِيَّةُ فِيمَا إِذَا كَانَ الثَّمَنُ الْأَوَّلُ مِنْ ذَوَاتِ الْقِيمِ لِأَنَّ الْمُعَادِلَةَ وَالْمُمَازِلَةَ فِي ذَوَاتِ الْقِيمِ إِنَّمَا تُعْرَفُ بِالْحَزَرِ وَالظَّنِّ فَكَانَ فِيهِ شُبْهَةٌ عَدَمِ الْمُمَازِلَةِ بِشُبْهَةِ الْخِيَاةِ كَمَا لَمْ تُجْزِ الْمُجَازَفَةُ فِي الْأَمْوَالِ الرَّبُوءَةِ لَذَلِكَ، وَكُلُّ مَا حَرَّمَ حَرَّمَ مَا يُشَبِّهُهُ لِأَنَّ الْحُرْمَةَ مِمَّا يُحْتَاطُ فِيهِ.

قَالَ (وَلَا تَصِحُّ الْمُرَابِحَةُ وَالتَّوَلِيَّةُ حَتَّى يَكُونَ الْعِوَضُ مِمَّا لَهُ مِثْلٌ)؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مِثْلٌ لَوْ مَلَكَهُ مَلَكَهُ بِالْقِيمَةِ وَهِيَ مَجْهُولَةٌ (وَلَوْ كَانَ الْمُشْتَرِي بَاعَهُ مُرَابِحَةً مِمَّنْ يَمْلِكُ ذَلِكَ الْبَدَلُ وَقَدْ بَاعَهُ بِرِبْحٍ دَرَاهِمٍ أَوْ بِشَيْءٍ مِنَ الْمَكِيلِ مَوْصُوفٍ جَازٍ) لِأَنَّهُ يَقْدَرُ عَلَى الْوَفَاءِ بِمَا التَّزَمَ (وَإِنْ بَاعَهُ بِرِبْحٍ الْإِلَ يَزِيدُهُ لَا يَجُوزُ) لِأَنَّهُ بَاعَهُ بِرَأْسِ الْمَالِ وَبِبَعْضِ قِيمَتِهِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ، (وَيَجُوزُ أَنْ يُضَيَّفَ إِلَى رَأْسِ الْمَالِ أَجْرَةَ الْقَصَّارِ وَالطَّرَازِ وَالصَّبْغِ وَالْقَتْلِ وَأَجْرَةَ حَمَلِ الطَّعَامِ) لِأَنَّ الْعُرْفَ جَارٍ بِالْحَاقِ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ بِرَأْسِ الْمَالِ فِي عَادَةِ التَّجَارِ؛ وَلِأَنَّ كُلَّ مَا يَزِيدُ فِي الْمَبِيعِ أَوْ فِي قِيمَتِهِ يَلْحَقُ بِهِ هَذَا هُوَ الْأَصْلُ، وَمَا عَدَدَنَاهُ بِهَذِهِ الصَّفَةِ؛ لِأَنَّ الصَّبْغَ وَأَخَوَاتِهِ يَزِيدُ فِي الْعَيْنِ وَالْحَمَلُ يَزِيدُ فِي الْقِيمَةِ إِذِ الْقِيمَةُ تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمَكَانِ (وَيَقُولُ قَامَ عَلَيَّ بِكَذَا وَلَمْ يَقُلْ اشْتَرَيْتَهُ بِكَذَا) كَي لَا يَكُونَ كَاذِبًا وَسَوْقُ الْغَنَمِ بِمَنْزِلَةِ الْحَمَلِ، بِخِلَافِ أَجْرَةِ الرَّاعِي وَكَرَاءِ بَيْتِ الْحِفْظِ؛ لِأَنَّهُ

لَا يَزِيدُ فِي الْعَيْنِ وَالْمَعْنَى، وَبِخِلَافِ أَجْرَةِ التَّعْلِيمِ لِأَنَّ ثُبُوتَ الزِّيَادَةِ لِمَعْنَى فِيهِ وَهُوَ حَذَاقَتُهُ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا تَصِحُّ الْمُرَابَحَةُ وَالتَّوْلِيَةُ حَتَّى يَكُونَ الْعَوَضُ مِمَّا لَهُ مِثْلُ الْخ) لَا تَصِحُّ الْمُرَابَحَةُ وَالتَّوْلِيَةُ فِي ذَوَاتِ الْقِيمِ لَمَّا ذَكَرْنَا آتِفًا أَنَّ مَبْنَاهُمَا عَلَى الْإِحْتِرَازِ عَنِ الْحَيَاةِ وَشَبَّهَهَا وَالْإِحْتِرَازُ عَنِ الْحَيَاةِ فِي الْقِيمَيَّاتِ إِنْ أُمِكنَ، وَقَدْ لَا يُمَكِّنُ عَنْ شَبَّهَهَا لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ لَا يَشْتَرِي الْمَبِيعَ إِلَّا بِقِيَمَةٍ مَا وَقَعَ فِيهِ مِنَ الثَّمَنِ، إِذْ لَا يُمَكِّنُ دَفْعَ عَيْنِهِ حَيْثُ لَمْ يَمْلِكْهُ وَلَا دَفْعَ مِثْلِهِ إِذْ الْفَرَضُ عَدَمُهُ فَتَعَيَّنَتِ الْقِيَمَةُ وَهِيَ مَجْهُولَةٌ تُعْرَفُ بِالْحَزَرِ وَالظَّنِّ فَيَتِمَكَّنُ فِيهِ شَبْهَةُ الْحَيَاةِ، إِلَّا إِذَا كَانَ الْمُشْتَرِي بَاعَهُ مُرَابَحَةً مِمَّنْ مَلَكَ ذَلِكَ الْبَدَلُ مِنَ الْبَائِعِ الْأَوَّلِ بِسَبَبٍ مِنَ الْأَسْبَابِ فَإِنَّهُ يَشْتَرِيهِ مُرَابَحَةً بِرِبْحٍ مَعْلُومٍ مِنْ دَرَاهِمٍ أَوْ شَيْءٍ مِنَ الْمَكِيلِ وَالْمُوزُونِ الْمُوصُوفِ لِإِقْتِدَارِهِ عَلَى الْوَفَاءِ بِمَا التَّزَمَ.

وَأَمَّا إِذَا اشْتَرَاهُ بِرِبْحٍ دَه يَزِدُهُ مَثَلًا: أَيُّ رِبْحٍ مِقْدَارِ دِرْهَمٍ عَلَى عَشْرَةِ دَرَاهِمٍ، فَإِنْ كَانَ الثَّمَنُ الْأَوَّلُ عِشْرِينَ دِرْهَمًا كَانَ الرَّبْحُ دِرْهَمَيْنِ وَإِنْ كَانَ ثَلَاثِينَ كَانَ ثَلَاثَةَ دَرَاهِمٍ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِرَأْسِ الْمَالِ، وَبِعِضِّ قِيَمَتِهِ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ فَصَارَ الْبَائِعُ بَائِعًا لِلْمَبِيعِ بِذَلِكَ الثَّمَنِ الْقِيَمِيِّ كَالثُّوبِ مَثَلًا أَوْ بِجُزْءٍ مِنْ أَحَدِ عَشَرَ جُزْءًا مِنَ الثُّوبِ وَالْجُزْءُ الْحَادِي عَشَرَ لَا يُعْرَفُ إِلَّا بِالْقِيَمَةِ وَهِيَ مَجْهُولَةٌ فَلَا يَجُوزُ، ثُمَّ الثَّمَنُ الْأَوَّلُ إِنْ كَانَ نَقْدَ الْبَلَدِ فَالرَّبْحُ يَنْصَرِفُ إِلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ غَيْرُهُ فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يُطْلَقَ الرَّبْحُ أَوْ يُنْسَبَ إِلَى رَأْسِ الْمَالِ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ كَمَا إِذَا قَالَ بَعْتُكَ بِالْعَشْرَةِ وَرِبْحُ دِرْهَمٍ فَالرَّبْحُ مِنْ نَقْدِ الْبَلَدِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي كَقَوْلِهِ بَعْتُكَ بِرِبْحِ الْعَشْرَةِ أَوْ دَه يَزِدُهُ فَالرَّبْحُ مِنْ جِنْسِ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ لِأَنَّهُ عَرَفَهُ بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهِ فَكَانَ عَلَى صِفَتِهِ، وَيَجُوزُ أَنْ يُضَيَّفَ إِلَى رَأْسِ الْمَالِ أَجْرَةُ الْقِصَارِ وَالصَّنْعِ وَالطَّرَازِ وَالْفَتْلِ وَأُجْرَةُ حَمْلِ الطَّعَامِ، لِأَنَّ الْعُرْفَ جَارٍ بِالْحَاقِ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ بِرَأْسِ الْمَالِ فِي عَادَةِ الثُّجَّارِ، لِأَنَّ كُلَّ مَا يَزِيدُ فِي الْمَبِيعِ أَوْ فِي قِيَمَتِهِ يُلْحَقُ بِهِ.

هَذَا هُوَ الْأَصْلُ وَهَذِهِ الْأَشْيَاءُ تَزِيدُ فِي ذَلِكَ، فَالصَّنْعُ وَأَخَوَاتُهُ يَزِيدُ فِي الْعَيْنِ وَالْحَمْلُ يَزِيدُ فِي الْقِيَمَةِ لِأَنَّهَا تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمَكَانِ فَيُلْحَقُ بِهِ، وَيَقُولُ قَامَ عَلَيَّ بِكَذَا وَلَا يَقُولُ اشْتَرَيْتَهُ بِكَذَا كَيْ لَا يَكُونَ كَاذِبًا لِأَنَّ الْقِيَامَ عَلَيْهِ عِبَارَةٌ عَنِ الْحُصُولِ بِمَا غَرِمَ

وَقَدْ غَرِمَ فِيهِ الْقَدَرُ الْمُسَمَّى. وَإِذَا بَاعَ بِالرَّقْمِ يَقُولُ رَقْمُهُ كَذَا فَأَنَا أَيْعُهُ مُرَابِحَةً وَسَوْفُ الْعَنْمِ بِمَنْزِلَةِ الْحَمْلِ، بِخِلَافِ أُجْرَةِ الرَّاعِي وَكَرَاءِ يَنْتِ الْحِفْظِ لِأَنَّهُ لَا يَزِيدُ فِي الْعَيْنِ وَلَا فِي الْقِيَمَةِ، وَبِخِلَافِ أُجْرَةِ التَّعْلِيمِ، فَإِذَا أَنْفَقَ عَلَى عَبْدِهِ فِي تَعْلِيمِ عَمَلٍ مِنَ الْأَعْمَالِ دَرَاهِمَ لَمْ يُلْحَقْهَا بِرَأْسِ الْمَالِ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ الْحَاصِلَةَ فِي الْمَالِيَّةِ بِاعْتِبَارِ مَعْنَى فِي الْمُتَعَلِّمِ وَهُوَ الْحَذَقُ وَالذِّكَاءُ لَا بِمَا أَنْفَقَ عَلَى الْمُعَلِّمِ، وَعَلَى هَذِهِ أُجْرَةُ الطَّبِيبِ وَالرَّائِضِ وَالْبَيْطَارِ وَجُعِلَ الْآبِقُ وَالْحَجَّامُ وَالْخَتَّانُ.

(هَذَا أَنْطَلَعَ الْمُشْتَرِي عَلَى خِيَانَةٍ فِي الْمُرَابِحَةِ فَهُوَ بِالْخِيَارِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُ وَإِنْ أَنْطَلَعَ عَلَى خِيَانَةٍ فِي التَّوْلِيَةِ أَسْقَطَهَا مِنَ الثَّمَنِ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُحِطُ فِيهِمَا، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُخَيَّرُ فِيهِمَا) لِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْاعْتِبَارَ لِلتَّسْمِيَةِ؛ لَكُونِهِ مَعْلُومًا، وَالتَّوْلِيَةُ وَالْمُرَابِحَةُ تَرْوِجُ وَتَرْغِيبُ فَيَكُونُ وَصْفًا مَرْغُوبًا فِيهِ كَوَصْفِ السَّلَامَةِ فَيَتَخَيَّرُ بِقَوَاتِهِ، وَلَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْأَصْلَ فِيهِ كَوْنُهُ تَوْلِيَةً وَمُرَابِحَةً وَلِهَذَا يَنْعَقِدُ بِقَوْلِهِ وَلَيْتَكَ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ أَوْ بَعَثَكَ مُرَابِحَةً عَلَى الثَّمَنِ الْأَوَّلِ إِذَا كَانَ ذَلِكَ مَعْلُومًا فَلَا بُدَّ مِنَ الْبِنَاءِ عَلَى الْأَوَّلِ وَذَلِكَ بِالْحِطِّ، غَيْرَ أَنَّهُ يُحِطُّ فِي التَّوْلِيَةِ قَدْرُ الْخِيَانَةِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ وَفِي الْمُرَابِحَةِ مِنْهُ وَمِنْ الرَّبْحِ، وَلَأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَوْ لَمْ يُحِطُّ فِي التَّوْلِيَةِ لَا تَبَقَى تَوْلِيَةٌ؛ لِأَنَّهُ يَزِيدُ عَلَى الثَّمَنِ الْأَوَّلِ فَيَتَغَيَّرُ التَّصَرُّفُ فَتَعَيَّنَ الْحِطُّ وَفِي الْمُرَابِحَةِ لَوْ لَمْ يُحِطُّ تَبَقَى مُرَابِحَةً وَإِنْ كَانَ يَتَفَاوَتُ الرَّبْحُ فَلَا يَتَغَيَّرُ التَّصَرُّفُ فَأَمَكَّنَ الْقَوْلُ بِالتَّخْيِيرِ فَلَوْ هَلَكَ قَبْلَ أَنْ يَرُدَّهُ أَوْ حَدَثَ فِيهِ مَا يَمْنَعُ الْفَسْخَ يَلْزَمُهُ جَمِيعُ الثَّمَنِ فِي الرُّوَايَاتِ الظَّاهِرَةِ؛ لِأَنَّهُ مُجَرَّدُ خِيَارٍ لَا يُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ كَخِيَارِ الرُّؤْيَةِ وَالشَّرْطِ، بِخِلَافِ خِيَارِ الْعَيْبِ؛ لِأَنَّهُ الْمُطَالَبَةُ بِتَسْلِيمِ الْفَائِتِ فَيَسْقُطُ مَا يُقَابِلُهُ عِنْدَ عَجْزِهِ.

الشرح:

فَإِنْ أَنْطَلَعَ الْمُشْتَرِي عَلَى خِيَانَةٍ فِي الْمُرَابِحَةِ إِمَّا بِالْبَيِّنَةِ أَوْ بِإِقْرَارِ الْبَائِعِ أَوْ بِكُؤُلِهِ عَنِ الْيَمِينِ (فَهُوَ بِالْخِيَارِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُ، وَإِنْ أَنْطَلَعَ عَلَى خِيَانَةٍ فِي التَّوْلِيَةِ أَسْقَطَهَا مِنَ الثَّمَنِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يُحِطُّ فِيهِمَا) أَيُّ فِي الْمُرَابِحَةِ وَالتَّوْلِيَةِ (وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يُخَيَّرُ فِيهِمَا) لِمُحَمَّدٍ أَنَّ الْاعْتِبَارَ لِلتَّسْمِيَةِ لِأَنَّ الثَّمَنَ

يَجِبُ أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا وَلَا يُعْلَمُ بِالِتَّسْمِيَةِ.

وَإِذَا كَانَ الْاِعْتِبَارُ لَهَا يَتَعَلَّقُ الْعَقْدُ بِالتَّسْمِيِ (وَالْتَوَلِيَةِ وَالْمُرَابَحَةِ تَرْغِيبٌ وَتَرْوِيجٌ فَيَكُونُ وَصْفًا مَرْغُوبًا فِيهِ كَوَصْفِ السَّلَامَةِ) وَفَوَائِدُهُ يُوجِبُ التَّخْيِيرَ (وَلَا يُبَيِّنُ يَوْسُفَ أَنَّ الْأَصْلَ فِي هَذَا الْعَقْدِ كَوْنُهُ مُرَابَحَةً وَتَوَلِيَةً) لَا التَّسْمِيَةَ، وَلِهَذَا لَوْ قَالَ وَلَيْتَكَ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ أَوْ بَعَثَكَ مُرَابَحَةً عَلَى الثَّمَنِ الْأَوَّلِ وَالْحَالُ أَنَّهُ مَعْلُومٌ وَاقْتَصَرَ عَلَى التَّسْمِيَةِ صَحَّ الْعَقْدُ، وَالتَّسْمِيَةُ كَالْتَفْسِيرِ فَإِذَا ظَهَرَتْ الْحَيَاةُ بَطَلَتْ صِلَا حَيَّتْهَا لِذَلِكَ فَبَقِيَ ذِكْرُ الْمُرَابَحَةِ وَالتَّوَلِيَةِ فَلَا بُدَّ مِنْ بِنَاءِ الْعَقْدِ الثَّانِي عَلَى الْأَوَّلِ فَيَحْطُ الْحَيَاةُ فِي الْفَصْلَيْنِ جَمِيعًا، غَيْرَ أَنَّهُ يُحْطُ فِي التَّوَلِيَةِ قَدْرُ الْحَيَاةِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ وَهُوَ ظَاهِرٌ وَفِي الْمُرَابَحَةِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ وَالرَّيْحِ جَمِيعًا.

كَمَا إِذَا اشْتَرَى ثَوْبًا بِعَشْرَةِ عَلَى رِبْحٍ خَمْسَةِ ثُمَّ ظَهَرَ الثَّمَنِ الْأَوَّلُ ثَمَانِيَةً يَحْطُ قَدْرُ الْحَيَاةِ مِنَ الْأَصْلِ وَهُوَ دَرَاهِمَانِ، وَيَحْطُ مِنَ الرَّيْحِ دَرَاهِمًا فَيَأْخُذُ الثَّوْبَ بِاثْنَيْ عَشَرَ دَرَاهِمًا (وَلَا يُبَيِّنُ حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَوْ لَمْ يُحْطُ فِي التَّوَلِيَةِ لَا تَبْقَى تَوَلِيَةٌ) لِأَنَّهَا تَكُونُ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ وَهَذَا لَيْسَ كَذَلِكَ، لَكِنْ لَا يَجُوزُ أَنْ لَا تَبْقَى تَوَلِيَةٌ لِثَلَا يَتَغَيَّرُ التَّصَرُّفُ فَيَتَعَيَّنُ الْحِطُّ، وَفِي الْمُرَابَحَةِ لَوْ لَمْ يُحْطُ تَبْقَى مُرَابَحَةٌ كَمَا كَانَتْ مِنْ غَيْرِ تَغْيِيرِ الصَّرْفِ لَكِنْ يَتَفَاوَتُ الرَّبْحُ فَيَتَخَيَّرُ بِذَلِكَ لِفَوَاتِ الرِّضَا، فَلَوْ هَلَكَ الْمَبِيعُ قَبْلَ أَنْ يَرُدَّهُ أَوْ اسْتَهْلَكَهُ أَوْ حَدَثَ فِيهِ مَا يَمْنَعُ الْفَسْخَ فِي بَيْعِ الْمُرَابَحَةِ، فَمَنْ قَالَ بِالْحِطِّ كَانَ لَهُ الْحِطُّ (وَمَنْ قَالَ بِالْفَسْخِ لَزِمَهُ جَمِيعُ الثَّمَنِ فِي الرُّوَايَاتِ الظَّاهِرَةِ لِأَنَّهُ مُجَرَّدُ خِيَارٍ لَا يُقَابَلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ كَخِيَارِ الشَّرْطِ وَالرُّوِيَةِ) وَقَدْ تَعَذَّرَ الرَّدُّ بِالْهَلَاكِ أَوْ غَيْرِهِ فَيَسْقُطُ خِيَارُهُ، بِخِلَافِ خِيَارِ الْعَيْبِ حَيْثُ لَا يَجِبُ كُلُّ الثَّمَنِ بَلْ يَنْقُصُ مِنْهُ مِقْدَارُ الْعَيْبِ لِأَجْلِ الْعَيْبِ لِأَنَّ الْمُسْتَحَقَّ لِلْمُسْتَشْتَرِي ثَمَّةَ الْمُطَابَقَةِ بِتَسْلِيمِ الْجُزْءِ الْفَائِتِ فَسَقَطَ مَا يُقَابَلُهُ عِنْدَ الْعَجْزِ عَنْ تَسْلِيمِهِ، وَقَيَّدَ بِالرُّوَايَاتِ الظَّاهِرَةِ اخْتِرَازًا عَمَّا رُوِيَ عَنْ مُحَمَّدٍ فِي غَيْرِ رِوَايَةِ الْأُصُولِ أَنَّهُ يُفْسَخُ الْبَيْعُ عَلَى الْقِيَمَةِ إِنْ كَانَتْ أَقَلَّ مِنَ الثَّمَنِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنِ الْمُسْتَشْتَرِي.

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى ثَوْبًا فَبَاعَهُ بِرِبْحٍ ثُمَّ اشْتَرَاهُ، فَإِنْ بَاعَهُ مُرَابَحَةً طَرَحَ عَنْهُ كُلَّ رِبْحٍ كَانَ قَبْلَ ذَلِكَ، فَإِنْ كَانَ اسْتَغْرَقَ الثَّمَنِ لَمْ يَبِعْهُ مُرَابَحَةً، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَ: يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً عَلَى الثَّمَنِ الْأَخِيرِ). صَوْرَتُهُ: إِذَا اشْتَرَى ثَوْبًا بِعَشْرَةٍ وَبَاعَهُ

بِخَمْسَةِ عَشَرَ ثُمَّ اشْتَرَاهُ بِعَشْرَةٍ فَإِنَّهُ يَبِيعُهُ مُرَابِحَةً بِخَمْسَةٍ وَيَقُولُ قَامَ عَلَيَّ بِخَمْسَةٍ
وَلَوْ اشْتَرَاهُ بِعَشْرَةٍ وَبَاعَهُ بِعِشْرِينَ مُرَابِحَةً ثُمَّ اشْتَرَاهُ بِعَشْرَةٍ لَا يَبِيعُهُ مُرَابِحَةً أَصْلًا،
وَعِنْدَهُمَا يَبِيعُهُ مُرَابِحَةً عَلَى الْعَشْرَةِ فِي الْفَصْلَيْنِ، لِهَذَا أَنَّ الْعَقْدَ الثَّانِيَّ عَقْدٌ مُتَجَدِّدٌ
مُنْقَطِعُ الْأَحْكَامِ عَنِ الْأَوَّلِ فَيَجُوزُ بِنَاءُ الْمُرَابِحَةِ عَلَيْهِ، كَمَا إِذَا تَخَلَّلَ ثَالِثٌ، وَلِأَيِّ حَنِيفَةٍ
رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ شُبُهَةَ حُصُولِ الرَّبْحِ بِالْعَقْدِ الثَّانِي تَابِتَةٌ، لِأَنَّهُ يَتَأَكَّدُ بِهِ بَعْدَمَا كَانَ عَلَى
شَرَفِ السَّقُوطِ بِالظُّهُورِ عَلَى عَيْبِ الشُّبُهَةِ كَالْحَقِيقَةِ فِي بَيْعِ الْمُرَابِحَةِ احْتِيَاطًا وَلِهَذَا لَمْ
تَجْزِ الْمُرَابِحَةُ فِيمَا أَخَذَ بِالصُّلْحِ لَشُبُهَةِ الْحَطِيطَةِ فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ اشْتَرَى خَمْسَةً وَتَوْبًا
بِعَشْرَةٍ فَيُطْرَحُ عَنْهُ خَمْسَةٌ، بِخِلَافِ مَا إِذَا تَخَلَّلَ ثَالِثٌ؛ لِأَنَّ التَّأَكُّدَ حَصَلَ بِغَيْرِهِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى تَوْبًا فَبَاعَهُ بِرَبْحٍ) الْكَلَامُ فِي وَضْعِ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَصُورَتِهَا
ظَاهِرٌ وَإِنَّمَا الْكَلَامُ فِي دَلِيلِهَا (قَالَا: الْعَقْدُ الثَّانِي عَقْدٌ مُتَجَدِّدٌ مُنْقَطِعُ الْأَحْكَامِ عَنِ
الْأَوَّلِ) وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ يَجُوزُ بِنَاءُ الْمُرَابِحَةِ عَلَيْهِ كَمَا إِذَا تَخَلَّلَ ثَالِثٌ
بِأَنِّ اشْتَرَى مِنْ مُشْتَرِيٍّ مُشْتَرِيَهُ (وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ شُبُهَةُ حُصُولِ الرَّبْحِ) الْحَاصِلُ بِالْعَقْدِ
الْأَوَّلِ تَابِتَةٌ (بِالْعَقْدِ الثَّانِي لِأَنَّهُ كَانَ عَلَى شَرْطِ السَّقُوطِ) بِأَنِّ يُرَدُّ عَلَيْهِ بِعَيْبٍ، فَإِذَا
اشْتَرَاهُ مِنَ الْمُشْتَرِي تَأَكَّدَ مَا كَانَ عَلَى شَرْطِ السَّقُوطِ.

وَلِلتَّأَكُّدِ فِي بَعْضِ الْمَوَاضِعِ حُكْمُ الْإِجَابِ كَمَا لَوْ شَهِدُوا عَلَى رَجُلٍ بِالطَّلَاقِ
قَبْلَ الدُّخُولِ ثُمَّ رَجَعُوا ضَمِنُوا نِصْفَ الْمَهْرِ لِتَأَكُّدِ مَا كَانَ عَلَى شَرَفِ السَّقُوطِ، وَإِذَا
كَانَتْ شُبُهَةُ الْحُصُولِ تَابِتَةً صَارَ كَأَنَّهُ اشْتَرَى بِالْعَقْدِ الثَّانِي تَوْبًا وَخَمْسَةَ دَرَاهِمَ بِعَشْرَةٍ،
فَالْخَمْسَةُ بِإِزَاءِ الْخَمْسَةِ وَالتَّوْبُ بِخَمْسَةِ فَيَبِيعُهُ مُرَابِحَةً عَلَى خَمْسَةِ احْتِرَازًا عَنْ شُبُهَةِ
الْخِيَانَةِ فَإِنَّهَا كَحَقِيقَتِهَا احْتِيَاطًا فِي بَيْعِ الْمُرَابِحَةِ، وَلِهَذَا لَوْ كَانَ لِرَجُلٍ عَلَى آخِرِ عَشْرَةٍ
دَرَاهِمَ فَصَالِحُهُ مِنْهَا عَلَى تَوْبٍ لَا يَبِيعُ التَّوْبَ مُرَابِحَةً عَلَى الْعَشْرَةِ لِأَنَّ الصُّلْحَ مَبْنَاهُ عَلَى
التَّحْجُوزِ وَالْحَطِيطَةِ.

وَلَوْ وَجَدَ الْحَطُّ حَقِيقَةً مَا جَازَ الْبَيْعُ مُرَابِحَةً، فَكَذَا إِذَا تَمَكَّنَتْ الشُّبُهَةُ. وَعُورِضَ
بِأَنَّهُ لَوْ كَانَ كَذَلِكَ مَا جَازَ الشِّرَاءُ بِعَشْرَةٍ فِيمَا إِذَا بَاعَهُ بِعِشْرِينَ لِأَنَّهُ يَصِيرُ فِي الشِّرَاءِ الثَّانِي
كَأَنَّهُ اشْتَرَى تَوْبًا وَعَشْرَةً بِعَشْرَةٍ فَكَانَ فِيهِ شُبُهَةُ الرِّبَا وَهُوَ حُصُولُ التَّوْبِ بِلَا عِوَضٍ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ التَّأْكِدَ لَهُ شُبْهَةُ الْإِيجَابِ فِي حَقِّ الْعِبَادِ اخْتِرَازًا عَنْ الْحَيَاةِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا لَا فِي حَقِّ الشَّرْعِ، وَشَرْعِيَّتُهُ جَوَازُ الْمُرَابَحَةِ لِمَعْنَى رَاجِعٍ إِلَى الْعِبَادِ فَيُؤَثَّرُ التَّأْكِدُ فِي الْمُرَابَحَةِ. وَأَمَّا جَوَازُ الْبَيْعِ وَعَدَمُهُ فِي شُبْهَةِ الرُّبَا فَحَقُّ الشَّرْعِ فَلَا يَكُونُ لِلتَّأْكِدِ فِيهِ شُبْهَةُ الْإِيجَابِ، كَذَا يُقَالُ مِنْ فَوَائِدِ الْعَلَامَةِ حُمَيْدِ الدِّينِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا تَخَلَّلَ ثَلَاثٌ لِأَنَّ التَّأْكِدَ حَصَلَ بغيرِهِ وَلَمْ يُسْتَفَدْ رِنَحُ الْأَوَّلِ بِالشَّرَاءِ الثَّانِي فَانْتَفَتِ الشُّبْهَةُ.

قَالَ (وَإِذَا اشْتَرَى الْعَبْدُ الْمَأْذُونُ لَهُ فِي التِّجَارَةِ ثَوْبًا بِعَشْرَةٍ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ يُحِيطُ بِرَقَبَتِهِ فَبَاعَهُ مِنَ الْمَوْلَى بِخَمْسَةِ عَشْرٍ فَإِنَّهُ يَبِيعُهُ مُرَابِحَةً عَلَى عَشْرَةٍ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ الْمَوْلَى اشْتَرَاهُ فَبَاعَهُ مِنَ الْعَبْدِ) لِأَنَّ فِي هَذَا الْعَقْدِ شُبْهَةَ الْعَدَمِ بِجَوَازِهِ مَعَ الْمُنَافِي فَاعْتَبِرَ عَدَمًا فِي حُكْمِ الْمُرَابَحَةِ وَبَقِيَ الْاِعْتِبَارُ لِلأَوَّلِ فَيَصِيرُ كَأَنَّ الْعَبْدَ اشْتَرَاهُ لِلْمَوْلَى بِعَشْرَةٍ فِي الْفَصْلِ الْأَوَّلِ، وَكَأَنَّهُ يَبِيعُهُ لِلْمَوْلَى فِي الْفَصْلِ الثَّانِي فَيَعْتَبَرُ الثَّمَنُ الْأَوَّلُ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا اشْتَرَى الْعَبْدُ الْمَأْذُونُ) وَإِذَا اشْتَرَى الْعَبْدُ الْمَأْذُونُ (لَهُ فِي التِّجَارَةِ ثَوْبًا بِعَشْرَةٍ) وَالْحَالُ أَنَّهُ مَدْيُونٌ بِدَيْنٍ يُحِيطُ بِرَقَبَتِهِ فَبَاعَهُ مِنَ الْمَوْلَى بِخَمْسَةِ عَشْرٍ فَإِنَّ الْمَوْلَى يَبِيعُهُ مُرَابِحَةً عَلَى عَشْرَةٍ (وَكَذَا إِنْ كَانَ الْمَوْلَى اشْتَرَاهُ وَبَاعَهُ مِنَ الْعَبْدِ لِأَنَّ فِي هَذَا الْعَقْدِ) أَيُّ بَيْعِ الْعَبْدِ مِنَ الْمَوْلَى وَعَكْسِهِ شُبْهَةُ الْعَدَمِ لِجَوَازِهِ مَعَ الْمُنَافِي وَهُوَ تَعَلُّقُ حَقِّ الْمَوْلَى بِمَالِ الْعَبْدِ، وَقَبْلَ كَوْنِ الْعَبْدِ مِلْكًا لِلْمَوْلَى وَلِهَذَا كَانَ لَهُ أَنْ يَقْضِيَ الدِّينَ وَيَتَفَرَّدَ بِكَسْبِ عَبْدِهِ فَصَارَ كَالْبَائِعِ مِنْ نَفْسِهِ فَاعْتَبِرَ عَدَمًا فِي حُكْمِ الْمُرَابَحَةِ لَوْجُوبِ الْاِخْتِرَازِ فِيهَا عَنْ شُبْهَةِ الْحَيَاةِ، وَإِذَا عُدِمَ الْبَيْعُ الثَّانِي لَا يَبِيعُهُ مُرَابِحَةً عَلَى الثَّمَنِ الْمَذْكُورِ فِيهِ وَإِنَّمَا يَبِيعُهُ عَلَى الثَّمَنِ الْمَذْكُورِ فِي الْأَوَّلِ، وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِالذِّينِ الْمُحِيطِ بِرَقَبَتِهِ، لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ عَلَى الْعَبْدِ دَيْنٌ فَبَاعَ مِنْ مَوْلَاهُ شَيْئًا لَمْ يَصَحَّ لِأَنَّهُ لَا يُفِيدُ لِلْمَوْلَى شَيْئًا لَمْ يَكُنْ لَهُ قَبْلَ الْبَيْعِ لَا مِلْكُ الرَّقَبَةِ وَلَا مِلْكُ التَّصَرُّفِ، هَكَذَا قَيَّدَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الْأَصْلِ، وَكَذَا فَخْرُ الْإِسْلَامِ وَالصَّدْرُ الشَّهِيدُ وَقَاضِي خَانَ، وَلَمْ يُقَيِّدْهُ الطَّحَاوِيُّ وَالْعَتَائِي، وَالْحَقُّ قَيِّدُهُ لَمَا ذَكَرْنَا.

قَالَ (وَإِذَا كَانَ مَعَ الْمُضَارِبِ عَشْرَةُ دَرَاهِمَ بِالنِّصْفِ فَاشْتَرَى ثَوْبًا بِعَشْرَةٍ وَبَاعَهُ مِنْ رَبِّ الْمَالِ بِخَمْسَةِ عَشْرٍ فَإِنَّهُ يَبِيعُهُ مُرَابِحَةً بِاِثْنِي عَشْرٍ وَنِصْفٍ) لِأَنَّ هَذَا الْبَيْعَ وَإِنْ قُضِيَ

بِجَوَازِهِ عِنْدَنَا عِنْدَ عَدَمِ الرِّبْحِ خِلَافًا لَزُفْرِ رَحِمَهُ اللَّهُ مَعَ أَنَّهُ اشْتَرَى مَالَهُ بِمَالِهِ لِمَا فِيهِ مِنْ
اِسْتِفَادَةٍ وَلَايَةِ التَّصَرُّفِ وَهُوَ مَقْصُودٌ وَالْاِنْعِقَادُ يَتَّبِعُ الْفَائِدَةَ فَفِيهِ شُبْهَةُ الْعَدَمِ؛ أَلَا تَرَى
أَنَّهُ وَكَيْلٌ عَنْهُ فِي الْبَيْعِ الْأَوَّلِ مِنْ وَجْهِ فَاعْتَبِرَ الْبَيْعَ الثَّانِي عَدَمًا فِي حَقِّ نِصْفِ الرِّبْحِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ كَانَ مَعَ الْمَضَارِبِ عَشْرَةٌ ذَرَاهِمَ بِالنِّصْفِ) إِذَا كَانَ مَعَ الْمَضَارِبِ
عَشْرَةٌ ذَرَاهِمَ بِالنِّصْفِ (فَاشْتَرَى ثَوْبًا بِعَشْرَةٍ وَبَاعَهُ مِنْ رَبِّ الْمَالِ بِخَمْسَةِ عَشَرَ فَإِنَّهُ
يَبِيعُهُ مُرَابِحَةً بِأَثْنِي عَشَرَ وَنِصْفِ) لِأَنَّ مَبْنَى هَذَا الْبَيْعِ عَلَى الْاِخْتِرَازِ عَنِ الْخِيَانَةِ وَشُبْهَتِهَا
وَفِي بَيْعِهِ مُرَابِحَةً عَلَى خَمْسَةِ عَشَرَ شُبْهَةُ خِيَانَةٍ (لِأَنَّ هَذَا الْبَيْعَ) أَيَّ بَيْعِ الثَّوْبِ مِنْ رَبِّ
الْمَالِ وَإِنْ حُكِمَ بِجَوَازِهِ عِنْدَنَا عِنْدَ عَدَمِ الرِّبْحِ خِلَافًا لَزُفْرِ فِيهِ شُبْهَةُ الْعَدَمِ. وَجْهٌ قَوْلُ
زُفْرِ أَنَّ الْبَيْعَ مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ، وَهُوَ إِثْمًا يَتَحَقَّقُ بِمَالٍ غَيْرِهِ لَا بِمَالٍ نَفْسِهِ فَلَا يَكُونُ
الْبَيْعُ مَوْجُودًا وَوَجْهٌ الْجَوَازُ عِنْدَنَا اشْتِمَالُهُ عَلَى الْفَائِدَةِ فَإِنَّ فِيهِ اِسْتِفَادَةً وَلَايَةَ التَّصَرُّفِ
لِأَنَّ بِالتَّسْلِيمِ إِلَى الْمَضَارِبِ انْقَطَعَتْ وَلَايَةُ رَبِّ الْمَالِ عَنْ مَالِهِ فِي التَّصَرُّفِ فِيهِ، فَبِالْشِّرَاءِ
مِنَ الْمَضَارِبِ يَحْصُلُ لَهُ وَلَايَةُ التَّصَرُّفِ وَهُوَ مَقْصُودٌ.

وَإِذَا كَانَ مُشْتَمِلًا عَلَى الْفَائِدَةِ يَنْعَقِدُ لِأَنَّ الْاِنْعِقَادَ يَتَّبِعُ الْفَائِدَةَ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ إِذَا
جَمَعَ بَيْنَ عَبْدِهِ وَعَبْدٍ غَيْرِهِ فَاشْتَرَاهُمَا صَفَقَةً وَاحِدَةً جَازَ الْبَيْعُ فِيهِمَا وَدَخَلَ عَبْدُهُ فِي
عَقْدِهِ لِفَائِدَةِ انْقِسَامِ الثَّمَنِ، وَأَمَّا أَنْ فِيهِ شُبْهَةُ الْعَدَمِ فَلَمَّا ذَكَرْنَا مِنْ تَعْلِيلِ زُفْرِ، وَقَدْ
اسْتَوْضَحَهُ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ: أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَعْنِي الْمَضَارِبَ وَكَيْلٌ عَنْ رَبِّ الْمَالِ فِي الْبَيْعِ
الْأَوَّلِ مِنْ وَجْهِ، وَعَلَى هَذَا وَجَبَ أَنْ لَا يَجُوزَ الْبَيْعُ بَيْنَهُمَا كَمَا لَا يَجُوزُ الْبَيْعُ بَيْنَ
الْمُوكَلِّ وَوَكِيلِهِ فِيمَا وَكَلَّهُ فِيهِ، وَإِذَا كَانَ فِيهِ شُبْهَةُ الْعَدَمِ كَانَ الْبَيْعُ الثَّانِي كَالْعَدُومِ فِي
حَقِّ نِصْفِ الرِّبْحِ لِأَنَّ ذَلِكَ حَقُّ رَبِّ الْمَالِ فَيُحِطُّ عَنِ الثَّمَنِ اخْتِرَازًا عَنْ شُبْهَةِ الْخِيَانَةِ
وَلَا شُبْهَةَ فِي أَصْلِ الثَّمَنِ وَهُوَ عَشْرَةٌ وَلَا فِي نَصِيبِ الْمَضَارِبِ فَيَبِيعُ مُرَابِحَةً عَلَى ذَلِكَ.

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً فَاعْوَرَّتْ أَوْ وَطَنَهَا وَهِيَ ثِيْبٌ يَبِيعُهَا مُرَابِحَةً وَلَا
يُبَيِّنُ) لِأَنَّهُ لَمْ يَحْتَسِبْ عِنْدَهُ شَيْئًا يُقَابِلُهُ الثَّمَنُ؛ لِأَنَّ الْأَوْصَافَ تَابِعَةٌ لَا يُقَابِلُهَا الثَّمَنُ،
وَلِهَذَا لَوْ فَاتَتْ قَبْلَ التَّسْلِيمِ لَا يَسْقُطُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ.

وَكَذَا مَنَافِعُ الْبُضْعِ لَا يُقَابِلُهَا الثَّمَنُ، وَالْمَسْأَلَةُ فِيمَا إِذَا لَمْ يُنْقِصْهَا الْوُطْءُ، وَعَنْ

أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الْفَصْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ لَا يَبِيعُ مِنْ غَيْرِ بَيَانٍ، كَمَا إِذَا احْتَبَسَ بِفِعْلِهِ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَأَمَّا إِذَا فَقَّأَ عَيْنَهَا بِنَفْسِهِ أَوْ فَقَّأَهَا أَجْنَبِيٌّ فَأَخَذَ أَرَشَهَا لَمْ يَبِعْهَا مُرَابِحَةً حَتَّى يَبَيَّنَ) لِأَنَّهُ صَارَ مَقْصُودًا بِالْإِثْلَافِ فَيُقَابِلُهَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ، وَكَذَا إِذَا وَطَّئَهَا وَهِيَ بِكَرٍّ لَأَنَّ الْعُدْرَةَ جُزْءٌ مِنَ الْعَيْنِ يُقَابِلُهَا الثَّمَنُ وَقَدْ حَبَسَهَا.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً سَلِيمَةً فَأَعْوَرَتْ عِنْدَ الْمُشْتَرِي) بِأَفَةِ سَمَاوِيَّةٍ أَوْ بِفِعْلِ الْجَارِيَةِ نَفْسِهَا (أَوْ وَطَّئَهَا وَهِيَ تَيْبٌ) وَلَمْ يَنْقُصْهَا الْوَطْءُ (جَارَ لَهُ أَنْ يَبِيعَ مُرَابِحَةً وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْبَيَانُ) لَعَدَمِ احْتِبَاسِ مَا يُقَابِلُهُ الثَّمَنُ لَمَّا تَقَدَّمَ أَنَّ الْأَوْصَافَ لَا يُقَابِلُهَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ (قَوْلُهُ وَلِهَذَا) تَوْضِيحٌ لِقَوْلِهِ لِأَنَّهُ لَمْ يَحْتَبَسْ عِنْدَهُ شَيْءٌ يُقَابِلُهُ الثَّمَنُ، وَلِهَذَا لَوْ فَاتَتْ الْعَيْنُ قَبْلَ التَّسْلِيمِ إِلَى الْمُشْتَرِي لَا يَسْقُطُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ، وَكَذَلِكَ مَنَافِعُ الْبُضْعِ إِذَا لَمْ يَنْقُصْهَا الْوَطْءُ لَا يُقَابِلُهَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ. وَعَوْرُضُ بَأْنِ مَنَافِعِ الْبُضْعِ بِمَنْزِلَةِ الْجُزْءِ بِدَلِيلِ أَنَّ الْمُشْتَرِي إِذَا وَطَّئَهَا ثُمَّ وَجَدَ بِهَا عَيْبًا لَمْ يَتِمَّكُنْ مِنَ الرَّدِّ وَإِنْ كَانَ تَيْبًا، وَمَا ذَلِكَ إِلَّا بِاعْتِبَارِ أَنَّ الْمُسْتَوْفَى مِنَ الْوَطْءِ بِمَنْزِلَةِ احْتِبَاسِ جُزْءٍ مِنَ الْمَبِيعِ عِنْدَ الْمُشْتَرِي. وَأُجِيبَ بِأَنْ عَدَمَ جَوَازِ الرَّدِّ بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ إِنْ رَدَّهَا. فَإِمَّا أَنْ يَرُدَّهَا، مَعَ الْعُقْرِ أَوْ بِدُونِهِ، لَا سَبِيلَ إِلَى الْأَوَّلِ لِأَنَّ الْفَسْخَ يَرُدُّ عَلَى مَا يَرُدُّ عَلَيْهِ الْعَقْدُ وَالْعَقْدُ لَمْ يَرُدُّ عَلَى الزِّيَادَةِ فَالْفَسْخُ لَا يَرُدُّ عَلَيْهَا، وَلَا إِلَى الثَّانِي لِأَنَّهَا تَعُودُ إِلَى قَدِيمِ مِلْكِ الْبَائِعِ وَيُسَلِّمُ الْوَطْءُ لِلْمُشْتَرِي مَجَّانًا وَالْوَطْءُ يَسْتَلْزِمُ الْعُقْرَ عِنْدَ سَقُوطِ الْعُقْرِ لَا بِاعْتِبَارِ احْتِبَاسِ جُزْءٍ مِنَ الْمَبِيعِ (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يَبِيعُ فِي الْفَصْلِ الْأَوَّلِ) أَيُّ فِي صُورَةِ الْأَعْوَرَارِ (مِنْ غَيْرِ بَيَانٍ) كَمَا إِذَا احْتَبَسَ بِفِعْلِهِ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ بِنَاءً عَلَى مَذْهَبِهِ أَنَّ لِلْأَوْصَافِ حِصَّةً مِنَ الثَّمَنِ مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ بَيْنَ مَا كَانَ التَّعْيِبُ بِأَفَةِ سَمَاوِيَّةٍ أَوْ بِصُنْعِ الْعِبَادِ (وَأَمَّا إِذَا فَقَّأَ عَيْنَهَا) رَاجِعٌ إِلَى أَوَّلِ الْمَسْأَلَةِ.

وَفِي بَعْضِ النُّسخِ قُلْنَا: فَيَكُونُ جَوَابًا لِقَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: يَعْنِي إِذَا فَقَّأَ الْمُشْتَرِي عَيْنَهَا (بِنَفْسِهِ أَوْ فَقَّأَهَا أَجْنَبِيٌّ) سَوَاءً كَانَ بِأَمْرِ الْمُشْتَرِي أَوْ بِغَيْرِهِ وَجَبَ الْبَيَانُ عِنْدَ الْبَيْعِ مُرَابِحَةً لِأَنَّهُ صَارَ مَقْصُودًا بِالْإِثْلَافِ، أَمَّا إِذَا كَانَ بِأَمْرِ الْمُشْتَرِي فَلَا لَهَ كَفَعَلَ الْمُشْتَرِي بِنَفْسِهِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَلَا لَهَ جِنَايَةٌ تُوجِبُ ضَمَانَ الثَّقُفَانِ

عَلَيْهِ فَيَكُونُ الْمُشْتَرِي حَاسِبًا بَدَلَ جُزْءٍ مِنَ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ فَيَمْتَنِعُ الْمُرَابِحَةُ بِدُونِ الْبَيَانِ. وَعِبَارَةُ الْمُصَنَّفِ تَذَلُّ بِالتَّنْصِصِ عَلَى اخْتِذِ أَرْضِهَا وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي لَفْظِ مُحَمَّدٍ فِي أَصْلِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ. وَقَالَ فِي النِّهَايَةِ: كَانَ ذِكْرُ الْأَرْضِ وَقَعَ اتِّفَاقًا، لِأَنَّهُ لَمَّا فَقَا الْأَجَنِّيُّ وَجَبَ عَلَيْهِ ضَمَانُ الْأَرْضِ وَوُجُوبُ ضَمَانِ الْأَرْضِ سَبَبٌ لِاخْتِذِ الْأَرْضِ فَأَخَذَ حُكْمَهُ، ثُمَّ قَالَ: وَالدَّلِيلُ عَلَى هَذَا إِطْلَاقُ مَا ذَكَرَهُ فِي الْمَبْسُوطِ مِنْ غَيْرِ تَعَرُّضٍ لِاخْتِذِ الْأَرْضِ، وَذَكَرَ نَقْلَ الْمَبْسُوطِ كَذَلِكَ (وَكَذَا إِنْ وَطَّعَهَا وَهِيَ بِكَرٍّ) لَا يَبِيعُهَا مُرَابِحَةً إِلَّا بِالْبَيَانِ (لَأَنَّ الْعُدْرَةَ جُزْءٌ مِنَ الْعَيْنِ يُقَابِلُهَا الثَّمَنُ وَقَدْ حَسَبَهَا) فَلَا بُدَّ مِنَ الْبَيَانِ.

(وَلَوْ اشْتَرَى ثَوْبًا فَأَصَابَهُ قَرْضُ فَأَرِ أَوْ حَرَقَ نَارَ يَبِيعُهُ مُرَابِحَةً مِنْ غَيْرِ بَيَانٍ، وَلَوْ تَكَسَّرَ بِنَشْرِهِ وَطَّيْهِ لَا يَبِيعُهُ مُرَابِحَةً حَتَّى يَبَيِّنَ) وَالْمَعْنَى مَا بَيَّنَّاهُ.

الشرح:

(وَلَوْ اشْتَرَى ثَوْبًا فَأَصَابَهُ قَرْضُ فَأَرِ) بِالْقَافِ مِنْ قَرْضِ الثَّوْبِ بِالْمَقْرَضِ: إِذَا قَطَعَهُ، وَنَصَّ أَبُو الْبُسْرِ عَلَى أَنَّهُ بِالْفَاءِ (أَوْ حَرَقَ نَارَ) جَازَ أَنْ (يَبِيعَهُ مُرَابِحَةً مِنْ غَيْرِ بَيَانٍ) لِأَنَّ الْأَوْصَافَ تَابِعَةٌ لَا يُقَابِلُهَا الثَّمَنُ (وَلَوْ تَكَسَّرَ) الثَّوْبُ (بِنَشْرِهِ وَطَّيْهِ لَا يَبِيعُهُ مُرَابِحَةً) بِلَا بَيَانٍ لِأَنَّهُ صَارَ مَقْصُودًا بِالْإِثْلَافِ. وَقَوْلُهُ (وَالْمَعْنَى مَا بَيَّنَّاهُ) إِشَارَةٌ إِلَى هَذَيْنِ الدَّلِيلَيْنِ.

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى غُلَامًا بِأَلْفِ دِرْهَمٍ نَسِيئَةً فَبَاعَهُ بِرَبِيعِ مِائَةٍ وَلَمْ يَبَيِّنْ فَعَلِمَ الْمُشْتَرِي، فَإِنْ شَاءَ رَدُّهُ، وَإِنْ شَاءَ قَبْلُ): لِأَنَّ لِلْأَجَلِ شَبَهًا بِالْمَبِيعِ؛ أَلَا يَرَى أَنَّهُ يَزَادُ فِي الثَّمَنِ لِأَجْلِ الْأَجَلِ، وَالشُّبُهَةُ فِي هَذَا مُلْحَقَةٌ بِالْحَقِيقَةِ فَصَارَ كَأَنَّهُ اشْتَرَى شَيْئَيْنِ وَبَاعَ أَحَدَهُمَا مُرَابِحَةً بِثَمَنِهِمَا، وَالْإِقْدَامُ عَلَى الْمُرَابِحَةِ يُوجِبُ السَّلَامَةَ عَنْ مِثْلِ هَذِهِ الْخِيَانَةِ، فَإِذَا ظَهَرَتْ يُخَيَّرُ كَمَا فِي الْعَيْبِ (وَإِنْ اسْتَهْلَكَهُ ثُمَّ عَلِمَ لَزِمَهُ بِأَلْفٍ وَمِائَةٍ): لِأَنَّ الْأَجَلَ لَا يُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ، قَالَ: (فَإِنْ كَانَ وَلَاهُ إِيَّاهُ وَلَمْ يَبَيِّنْ رَدُّهُ إِنْ شَاءَ؛ لِأَنَّ الْخِيَانَةَ فِي التَّوَلِيَةِ مِثْلُهَا فِي الْمُرَابِحَةِ؛ لِأَنَّهُ بِنَاءٌ عَلَى الثَّمَنِ الْأَوَّلِ) (وَإِنْ كَانَ اسْتَهْلَكَهُ ثُمَّ عَلِمَ لَزِمَهُ بِأَلْفٍ حَالَتِ) لَمَّا ذَكَرْنَاهُ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يَرُدُّ الْقِيَمَةَ وَيَسْتَرِدُّ كُلَّ الثَّمَنِ، وَهُوَ تَضْيِيقُ مَا إِذَا اسْتَوْفَى الزُّيُوفَ مَكَانَ الْحِيَادِ وَعَلِمَ بَعْدَ الْإِتِّفَاقِ، وَسَيَّاتِيكَ مِنْ بَعْدِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَقِيلَ يَقُومُ بِثَمَنِ حَالٍ وَبِثَمَنِ مُؤَجَّلٍ فَيَرْجِعُ بِفَضْلِ مَا بَيْنَهُمَا، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ الْأَجَلُ مَشْرُوطًا فِي الْعَقْدِ وَلَكِنَّهُ مُنْجَمٌ مُعْتَادٌ قِيلَ لَا بُدَّ مِنْ بَيَانِهِ؛ لِأَنَّ الْمَعْرُوفَ

كَالْمَشْرُوطِ، وَقِيلَ يَبِيعُهُ وَلَا يُبَيِّنُهُ؛ لِأَنَّ التَّمَنَّ حَالٌ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى غُلَامًا بِأَلْفِ دِرْهَمٍ نَسِيئَةً فَبَاعَهُ بِرِبْحٍ مِائَةٍ وَلَمْ يُبَيِّنْ) ذَلِكَ لِلْمُشْتَرِي (فَعَلِمَ الْمُشْتَرِي، فَإِنْ شَاءَ رَدُّهُ، وَإِنْ شَاءَ قَبِلَ لِأَنَّ لِلْأَجَلِ شَبْهًا بِالْمَبِيعِ) فَإِنَّهُ يَزَادُ فِي التَّمَنِ لِأَجْلِ الْأَجَلِ، وَالشُّبْهَةُ فِي هَذَا الْبَابِ مُلْحَقَةٌ بِالْحَقِيقَةِ فَصَارَ كَأَنَّهُ اشْتَرَى شَيْئَيْنِ وَبَاعَ أَحَدَهُمَا مُرَابِحَةً بِمَنْهِمَا.

وَالْمُرَابِحَةُ تُوجِبُ الْإِحْتِرَازَ عَنْ مِثْلِ هَذِهِ الْخِيَانَةِ. وَتُوقِضُ بِأَنَّ الْعُلَامَ السَّلِيمَ الْأَعْضَاءَ يَزَادُ فِي تَمَنِّهِ لِأَجْلِ سَلَامَةِ الْأَعْضَاءِ بِالنَّسْبَةِ إِلَى غَيْرِ السَّلِيمِ، وَإِذَا فَاتَتْ سَلَامَةُ الْأَعْضَاءِ لَمْ يَجِبْ الْبَيَانُ عَلَى الْبَائِعِ كَمَا مَرَّ فِي مَسْأَلَةِ اغْوِرَارِ الْعَيْنِ. وَأُجِيبُ أَنَّ الزِّيَادَةَ هُنَاكَ لَيْسَتْ مَنْصُوصًا عَلَيْهَا لِأَنَّهَا فِي مُقَابَلَةِ السَّلَامَةِ، وَمَا نَحْنُ فِيهِ هُوَ أَنْ يَقُولَ إِنْ أَجَلْتَنِي مُدَّةً كَذَا فَتَمَنُّهُ يَكُونُ كَذَا بِزِيَادَةِ مَقْدَارٍ فَتَثْبُتُ زِيَادَةُ التَّمَنِ فِي الْأَجَلِ بِالشَّرْطِ، وَلَا يَثْبُتُ ذَلِكَ فِي سَلَامَةِ الْأَعْضَاءِ، وَسَيُشِيرُ الْمُصَنِّفُ إِلَى هَذَا بِقَوْلِهِ وَلَوْ لَمْ يَكُنِ الْأَجَلُ مَشْرُوطًا فِي الْعَقْدِ، وَإِنْ هَلَكَ الْمَبِيعُ أَوْ اسْتَهْلَكَهُ ثُمَّ عَلِمَ لِرَمِّهِ بِأَلْفٍ وَمِائَةٍ، لِأَنَّ الْأَجَلَ لَا يُقَابَلُهُ شَيْءٌ مِنَ التَّمَنِ: يَعْنِي فِي الْحَقِيقَةِ، وَلَكِنْ فِيهِ شُبْهَةٌ الْمُقَابَلَةِ، فَبَاعْتِبَارِ شُبْهَةِ الْخِيَانَةِ كَانَ لَهُ الْفَسْخُ إِنْ كَانَ الْمَبِيعُ قَائِمًا، فَإِمَّا أَنْ يَسْقُطَ شَيْءٌ مِنَ التَّمَنِ بَعْدَ الْهَلَاكِ فَلَا، وَإِلَّا لَكَانَ مَا فَرَضْنَاهُ شُبْهَةً حَقِيقَةً وَذَلِكَ خُلْفٌ بَاطِلٌ.

قَالَ (وَإِنْ كَانَ وَلَاهُ إِيَّاهُ) يَعْنِي أَنَّ التَّوَلِيَةَ كَالْمُرَابِحَةِ فِيمَا إِذَا عَلِمَ الْمُشْتَرِي أَنَّهُ كَانَ اشْتَرَاهُ بِأَجَلٍ وَبَاعَهُ إِيَّاهُ مِنْ غَيْرِ بَيَانٍ فَكَانَ لِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ، لِأَنَّ التَّوَلِيَةَ فِي وَجُوبِ الْإِحْتِرَازِ عَنْ شُبْهَةِ الْخِيَانَةِ كَالْمُرَابِحَةِ لِكَوْنِهِ بِنَاءً عَلَى التَّمَنِ الْأَوَّلِ بِلا زِيَادَةٍ وَلَا نُقْصَانٍ (وَإِنْ كَانَ) اسْتَهْلَكَهُ ثُمَّ عَلِمَ بِالْخِيَانَةِ (لِرَمِّهِ بِأَلْفِ حَالَةٍ لَمَّا ذَكَرْنَا) أَنَّ الْأَجَلَ لَا يُقَابَلُهُ شَيْءٌ مِنَ التَّمَنِ حَقِيقَةً (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَرُدُّ الْقِيَمَةَ وَيَسْتَرِدُّ كُلَّ التَّمَنِ، وَهُوَ نَظِيرُ مَا إِذَا اسْتَوْفَى الزُّيُوفَ مَكَانَ الْجِيَادِ وَعَلِمَ بَعْدَ الْإِتِّفَاقِ وَسَيِّئَاتِكَ مِنْ بَعْدُ فِي مَسَائِلِ) مَنُورَةٍ قُيِّلَ كِتَابُ الصَّرْفِ.

وَقَالَ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ: رُوِيَ عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ قَالَ: لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَرُدَّ قِيَمَتَهُ وَيَسْتَرِدَّ التَّمَنَ لِأَنَّ الْقِيَمَةَ قَامَتْ مَقَامَهُ، وَهَذَا عَلَى أَصْلِهِ فِي التَّحَالُفِ مُسْتَقِيمٌ، فَإِنَّهُ أَقَامَ

الْقِيمَةُ مَقَامُهُ، وَقِيلَ هُوَ قَوْلُ أَبِي جَعْفَرٍ الْبَلْخِيِّ (يُقَوْمُ بِثَمَنِ حَالٍ وَبِثَمَنِ مُؤَجَّلٍ، فَيَرْجِعُ بِفَضْلِ مَا بَيْنَهُمَا، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ الْأَجَلُ مَشْرُوطًا فِي الْعَقْدِ لَكُنْهُ مُنْجَمًا) مُعْتَادٌ كَعَادَةِ بَعْضِ الْبِلَادِ يَشْتَرُونَ بِنَقْدٍ وَيُسَلِّمُونَ الثَّمَنَ بَعْدَ شَهْرٍ إِمَّا جُمْلَةً أَوْ مُنْجَمًا، قِيلَ لَا بُدَّ مِنْ بَيَانِهِ لِأَنَّ الْمَعْرُوفَ كَالْمَشْرُوطِ، وَقِيلَ لَا يَجِبُ بَيَانُهُ لِأَنَّ الثَّمَنَ حَالٌ.

قَالَ (وَمَنْ وَلَّى رَجُلًا شَيْئًا بِمَا قَامَ عَلَيْهِ وَلَمْ يَعْلَمْ الْمُشْتَرِي بِكَمَ قَامَ عَلَيْهِ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ) لَجَهَالَةِ الثَّمَنِ (فَإِنْ أَعْلَمَهُ الْبَائِعُ، يَعْنِي فِي الْمَجْلِسِ فَهُوَ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُ) لِأَنَّ الْفَسَادَ لَمْ يَتَقَرَّرْ، فَإِذَا حَصَلَ الْعِلْمُ فِي الْمَجْلِسِ جُعِلَ كَابْتِدَاءِ الْعَقْدِ وَصَارَ كَتَأْخِيرِ الْقَبُولِ إِلَى آخِرِ الْمَجْلِسِ وَبَعْدَ الْإِفْتِرَاقِ قَدْ تَقَرَّرَ فَلَا يَقْبَلُ الْإِصْلَاحُ، وَنَظِيرُهُ بَيْعُ الشَّيْءِ بِرَقْمِهِ إِذَا عُلِمَ فِي الْمَجْلِسِ، وَإِنَّمَا يَتَخَيَّرُ؛ لِأَنَّ الرِّضَا لَمْ يَتِمَّ قَبْلَهُ لَعَدَمِ الْعِلْمِ فَيَتَخَيَّرُ كَمَا فِي خِيَارِ الرُّوْيَةِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ وَلَّى رَجُلًا شَيْئًا بِمَا قَامَ عَلَيْهِ إلخ) إِذَا قَالَ وَلَيْتَكَ هَذَا بِمَا قَامَ عَلَيَّ يُرِيدُ بِهِ مَا اشْتَرَاهُ بِهِ مَعَ مَا لَحَقَهُ مِنَ الْمَوْنِ كَالصَّنْعِ وَالْقَتْلِ وَغَيْرِ ذَلِكَ وَلَمْ يَعْلَمْ الْمُشْتَرِي بِكَمَ قَامَ عَلَيْهِ (فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ لَجَهَالَةِ الثَّمَنِ، فَإِنْ أَعْلَمَهُ الْبَائِعُ فِي الْمَجْلِسِ) صَحَّ الْبَيْعُ وَيُخَيَّرُ الْمُشْتَرِي (إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُ) أَمَّا الصَّحَّةُ فَلِأَنَّ الْفَسَادَ لَمْ يَتَقَرَّرْ بَعْدَ فَكَّانِ فَسَادًا يَحْتَمِلُ الصَّحَّةَ، فَإِذَا حَصَلَ الْعِلْمُ فِي الْمَجْلِسِ جُعِلَ كَابْتِدَاءِ الْعَقْدِ لِأَنَّ سَاعَاتِ الْمَجْلِسِ كَسَاعَةِ وَاحِدَةٍ، وَصَارَ كَتَأْخِيرِ الْقَبُولِ إِلَى آخِرِ الْمَجْلِسِ وَبَعْدَ الْإِفْتِرَاقِ تَقَرَّرَ. وَالْفَسَادُ الْمُتَقَرَّرُ لَا يَقْبَلُ الْإِصْلَاحُ، وَنَظِيرُهُ الْبَيْعُ بِالرَّقْمِ فِي صِحَّتِهِ بِالْبَيَانِ فِي الْمَجْلِسِ وَتَقَرَّرَ فَسَادُهُ بَعْدَهُ فِيهِ. وَأَمَّا خِيَارُ الْمُشْتَرِي فَلِلْخَلَلِ فِي الرِّضَا لِأَنَّهُ لَا يَتَحَقَّقُ قَبْلَ مَعْرِفَةِ مَقْدَارِ الثَّمَنِ كَمَا لَا يَتَحَقَّقُ قَبْلَ الرُّوْيَةِ لِلْجَهْلِ بِالصِّفَاتِ فَكَانَ فِي مَعْنَى خِيَارِ الرُّوْيَةِ فَأُلْحِقَ بِهِ.

فصل

وَمَنْ اشْتَرَى شَيْئًا بِمَا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ لَمْ يَجْزْ لَهُ بَيْعُهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ، لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنِ بَيْعِ مَا لَمْ يَقْبِضْ^(١) وَلِأَنَّهُ فِيهِ غَرَرٌ أَنْفَسَاخُ الْعَقْدِ عَلَى اعْتِبَارِ الْهَلَاكِ.

(١) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ (٣٤٩٩)، وَاحْمَدُ (١٩١/٥)، وَالْحَاكِمُ فِي الْمُسْتَدْرَكِ (٤٠/٢).

الشرح:

(فصل): وَجْهٌ إِبْرَادِ الْفَصْلِ ظَاهِرٌ لِأَنَّ الْمَسَائِلَ الْمَذْكُورَةَ فِيهِ لَيْسَتْ مِنْ بَابِ الْمُرَابَحَةِ. وَوَجْهٌ ذِكْرُهَا فِي بَابِ الْمُرَابَحَةِ الْاسْتِطْرَادُ بِاعْتِبَارِ تَقْيِيدِهَا بِقَيْدِ زَائِدٍ عَلَى الْبَيْعِ الْمُجَرَّدِ عَنِ الْأَوْصَافِ كَالْمُرَابَحَةِ وَالتَّوَلِيَةِ. قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى شَيْئًا مِمَّا يُنْقَلُ) نَقْلًا حَسِيًّا (و) هُوَ الْمُرَادُ بِقَوْلِهِ (يُحَوَّلُ) فَسَرُّهُ بِذَلِكَ لَفْلًا يُتَوَهَّمُ أَنَّهُ احْتِرَازٌ عَنِ الْمُدَبَّرِ (لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَبِيعَهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ لِأَنَّهُ ﷺ) (نَهَى عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يُقْبِضْ) وَهُوَ بِإِطْلَاقِهِ حُجَّةٌ عَلَى مَالِكٍ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي تَخْصِيصِ ذَلِكَ بِالطَّعَامِ وَلَا تَمَسُّكَ لَهُ بِمَا رَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّهُ ﷺ قَالَ «إِنْ اشْتَرَى أَحَدُكُمْ طَعَامًا فَلَا يَبِيعُهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ» وَفِي رِوَايَةٍ «حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ» فَإِنَّ تَخْصِيصَ الطَّعَامِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْحُكْمَ فِيمَا عَدَاهُ بِخِلَافِهِ، لِأَنَّ ابْنَ عَبَّاسٍ قَالَ: وَأَحْسَبُ كُلَّ شَيْءٍ مِثْلِ الطَّعَامِ. وَذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ التَّخْصِيصَ لَمْ يَكُنْ مُرَادًا وَكَانَ ذَلِكَ مَعْرُوفًا بَيْنَ الصَّحَابَةِ.

حَدَّثَ الطَّحَاوِيُّ فِي شَرْحِ الْأَثَارِ مُسْنَدًا إِلَى ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّهُ قَالَ: ابْتِغَتْ زَيْتًا فِي السُّوقِ، فَلَمَّا اسْتَوْفَيْتَهُ لَقِينِي رَجُلٌ فَأَعْطَانِي بِهِ رِبْحًا حَسَنًا، فَأَرَدْتُ أَنْ أَضْرِبَ عَلَى يَدِهِ، فَأَخَذَ رَجُلٌ مِنْ خَلْفِي بِذِرَاعِي، فَالْتَمَتُ فَإِذَا زَيْدٌ بُنْ ثَابِتٍ فَقَالَ: لَا تَبِيعْهُ حَيْثُ ابْتِغَتْهُ حَتَّى تَحُوزَهُ إِلَى رَحْلِكَ، فَإِنَّ «رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنِ ابْتِيَاعِ السَّلْعِ حَيْثُ تُبْتَاعُ حَتَّى تَحُوزَهَا التُّجَّارُ إِلَى رِحَالِهِمْ» وَإِنَّمَا قَيْدُ الْبَيْعِ وَلَمْ يَقُلْ لَمْ يَجُزْ لَهُ التَّصَرُّفُ لِبَقْعٍ عَلَى الْإِتِّفَاقِ، فَإِنَّ الْهَبَةَ وَالصَّدَقَةَ جَائِزَةٌ عِنْدَ مُحَمَّدٍ، وَإِنْ كَانَ قَبْلَ الْقَبْضِ قَالَ كُلُّ تَصَرُّفٍ لَا يَتِمُّ إِلَّا بِالْقَبْضِ فَإِنَّهُ جَائِزٌ فِي الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ إِذَا سَلَطَهُ عَلَى قَبْضِهِ فَقَبْضُهُ، لِأَنَّ تَمَامَ هَذَا الْعَقْدِ لَا يَكُونُ إِلَّا بِالْقَبْضِ وَالْمَانِعُ زَائِلٌ عِنْدَ ذَلِكَ.

بِخِلَافِ الْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ فَإِنَّهُ يَلْزَمُ بِنَفْسِهِ. وَالْجَوَابُ أَنَّ الْبَيْعَ أَسْرَعَ نَفَادًا مِنَ الْهَبَةِ بِدَلِيلِ أَنَّ الشُّيُوعَ فِيمَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ يَمْنَعُ تَمَامَ الْهَبَةِ دُونَ الْبَيْعِ، ثُمَّ الْبَيْعُ فِي الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ تَمْلِكُ الْعَيْنَ مَا مَلَكَهُ فِي حَالِ قِيَامِ الْعَرَرِ فِي مِلْكِهِ فَالْهَبَةُ أَوْلَى (قَوْلُهُ وَلَآنَ فِيهِ غَرَرٌ انْفِسَاخِ الْعَقْدِ) اسْتِدْلَالٌ بِالْمَعْقُولِ، وَتَقْرِيرُهُ: فِي الْبَيْعِ قَبْلَ الْقَبْضِ غَرَرٌ انْفِسَاخِ الْعَقْدِ الْأَوَّلِ عَلَى تَقْدِيرِ هَلَاكِ الْمَبِيعِ فِي يَدِ الْبَائِعِ، وَالْعَرَرُ غَيْرُ جَائِزٍ «لِأَنَّهُ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْعَرَرِ». وَالْعَرَرُ: مَا طَوِيَ عَنْكَ عِلْمُهُ وَقَدْ تَقَدَّمَ. وَاعْتَرِضَ بِأَنَّ غَرَرَ الْانْفِسَاخِ بَعْدَ

الْقَبْضِ أَيْضًا مُتَوَهِّمٌ عَلَى تَقْدِيرِ ظُهُورِ الاسْتِحْقَاقِ وَلَيْسَ بِمَنْعٍ. وَلَا يُدْفَعُ بِأَنَّ عَدَمَ ظُهُورِ الاسْتِحْقَاقِ أَصْلٌ لَأَنَّ عَدَمَ الْهَلَاكِ كَذَلِكَ فَاسْتَوَيَا. وَأُجِيبَ بِأَنَّ عَدَمَ جَوَازِهِ قَبْلَ الْقَبْضِ ثَبَتَ بِالنَّصِّ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ لِثُبُوتِ الْمِلْكِ الْمَطْلُوقِ لِلتَّصَرُّفِ الْمَطْلُوقِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ وَلَيْسَ مَا بَعْدَ الْقَبْضِ فِي مَعْنَاهُ لَأَنَّ فِيهِ غَرَرَ الْانْفِسَاخِ بِالْهَلَاكِ وَالْاسْتِحْقَاقِ، وَفِيمَا بَعْدَ الْقَبْضِ غَرَرُهُ بِالْاسْتِحْقَاقِ خَاصَّةً فَلَمْ يُلْحَقْ بِهِ.

(وَيَجُوزُ بَيْعُ الْعَقَارِ قَبْلَ الْقَبْضِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمُ اللَّهُ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَجُوزُ رُجُوعًا إِلَى إِطْلَاقِ الْحَدِيثِ وَاعْتِبَارًا بِالْمَنْقُولِ وَصَارَ كَالْإِجَارَةِ، وَلَهُمَا أَنْ رُكْنَ الْبَيْعِ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ فِي مَحَلِّهِ، وَلَا غَرَرُ فِيهِ؛ لَأَنَّ الْهَلَاكَ فِي الْعَقَارِ نَادِرٌ، بِخِلَافِ الْمَنْقُولِ، وَالْغَرَرُ الْمَنْهِيُّ عَنْهُ غَرَرُ انْفِسَاخِ الْعَقْدِ، وَالْحَدِيثُ مَعْلُومٌ بِهِ عَمَلًا بِدَلَالِ الْجَوَازِ وَالْإِجَارَةِ، قِيلَ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ؛ وَلَوْ سَلِمَ فَالْمَعْقُودُ عَلَيْهِ فِي الْإِجَارَةِ الْمَنَافِعُ وَهَلَاكُهَا غَيْرُ نَادِرٍ.

الشرح:

وَيَجُوزُ بَيْعُ الْعَقَارِ قَبْلَ الْقَبْضِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَجُوزُ رُجُوعًا إِلَى إِطْلَاقِ الْحَدِيثِ وَاعْتِبَارًا بِالْمَنْقُولِ بِجَمَاعٍ عَدَمَ الْقَبْضِ فِيهِمَا وَصَارَ كَالْإِجَارَةِ فَإِنَّهَا فِي الْعَقَارِ لَا تَجُوزُ قَبْلَ الْقَبْضِ وَالْجَامِعُ اشْتِمَالُهُمَا عَلَى رِبْحٍ مَا لَمْ يُضْمَنْ، فَإِنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْبَيْعِ الرِّبْحُ وَرِبْحُ مَا لَمْ يُضْمَنْ مَنْهِيٌّ عَنْهُ شَرْعًا، وَالنَّهْيُ يَقْتَضِي الْفَسَادَ فَيَكُونُ الْبَيْعُ فَاسِدًا قَبْلَ الْقَبْضِ لِأَنَّهُ لَمْ يَدْخُلْ فِي ضَمَانِهِ كَمَا فِي الْإِجَارَةِ وَلَهُمَا أَنْ رُكْنَ الْبَيْعِ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ لِكَوْنِهِ بِالْعَاقِلِ غَيْرِ مَحْجُورٍ عَلَيْهِ (فِي مَحَلِّهِ) لِأَنَّهُ مَحَلٌّ مَمْلُوكٌ لَهُ، وَذَلِكَ يَقْتَضِي الْجَوَازَ، وَالْمَانِعُ وَهُوَ الْغَرَرُ مَعْدُومٌ فِيهِ لِأَنَّهُ بِاعْتِبَارِ الْهَلَاكِ وَهُوَ فِي الْعَقَارِ نَادِرٌ فِيهِ فَصَحَّ الْعَقْدُ لَوْجُودِ الْمُقْتَضِي وَانْتِفَاءِ الْمَانِعِ، بِخِلَافِ الْمَنْقُولِ فَإِنَّ الْمَانِعَ فِيهِ مَوْجُودٌ، وَمَنْعُ انْتِفَاءِ الْمَانِعِ فِي الْعَقَارِ فَإِنَّهُ غَرَرُ الْانْفِسَاخِ، وَقَدْ يُوْجَدُ بِالرَّدِّ بِالْعَيْبِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ لِأَنَّهُ إِذَا جَازَ الْبَيْعُ فِيهِ قَبْلَ الْقَبْضِ صَارَ مِلْكًا لِلْمُشْتَرِي، وَحِينَئِذٍ لَا يَمْلِكُ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلُ الرَّدَّ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ إِنْ رُدَّ عَلَيْهِ بِقَضَاءِ الْقَاضِي عَادَ لَهُ الرَّدُّ. وَالْأَوَّلَى أَنْ يُقَالَ: كَلَامُنَا فِي غَرَرِ الْانْفِسَاخِ وَمَا ذَكَرْتُمْ غَرَرَ الْفَسْخِ، وَإِذَا كَانَ

الهِلَاكُ فِي الْعَقَارِ نَادِرًا كَانَ غَرَرُ انْفِسَاخِ الْعَقْدِ الْمَنْهِيِّ عَنْهُ مُتَتَبًا. وَالْحَدِيثُ مَعْلُومٌ بِهِ فَلَمْ يَدْخُلْ فِيهِ الْعَقَارُ فَجَازَ يَبْعُهُ قَبْلَ الْقَبْضِ عَمَلًا بِدَلِيلِ الْجَوَازِ مِنَ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَالْإِجْمَاعِ، وَاعْتَرَضَ بِأَنَّهُ تَعْلِيلٌ فِي مَوْضِعِ النَّصِّ وَهُوَ مَا رُوِيَ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنْ يَبْعِ مَا لَمْ يُقْبَضْ» وَهُوَ عَامٌّ.

والتَّعْلِيلُ فِي مَوْضِعِ النَّصِّ غَيْرُ مَقْبُولٍ. وَأُجِيبَ أَنَّهُ عَامٌّ دَخَلَهُ الْخُصُوصُ لِإِجْمَاعِنَا عَلَى جَوَازِ التَّصَرُّفِ فِي الثَّمَنِ وَالصَّدَاقِ قَبْلَ الْقَبْضِ، وَمِثْلُ هَذَا الْعَامُّ يَجُوزُ تَخْصِيصُهُ بِالْقِيَاسِ فَتَحْمِلُهُ عَلَى الْمَنْقُولِ، كَذَا فِي الْمُبْسُوطِ، وَفِيهِ بَحْثٌ لَأَنَّ الْمُرَادَ بِالْحَدِيثِ التَّهْنِئَةِ عَنْ يَبْعِ مَيْعٍ لَمْ يُقْبَضْ بِدَلِيلِ حَدِيثِ حَكِيمِ بْنِ حِزَامٍ «إِذَا ابْتَعْتَ شَيْئًا فَلَا تَبْعُهُ حَتَّى تَقْبِضَ» سَلَّمْنَا أَنَّهُ نَهَى عَنْ يَبْعِ مَا لَمْ يُقْبَضْ مِنْ مِلْكِهِ الَّذِي ثَبَتَ بِسَبَبٍ مِنَ الْأَسْبَابِ، لَكِنَّ الْإِجْمَاعَ لَا يَصْلُحُ تَخْصِيصًا، سَلَّمْنَا صِلَاحِيَّتَهُ لَذَلِكَ، لَكِنَّ التَّخْصِيصَ لَيَّانٌ أَنَّهُ لَمْ يَدْخُلْ فِي الْعَامِّ بَعْدَ احْتِمَالِهِ تَنَاوُلُهُ، وَإِذَا كَانَ الْحَدِيثُ مَعْلُومًا بِغَرَرِ الْانْفِسَاخِ لَا يَحْتَمِلُ تَنَاوُلَ مَا لَيْسَ فِيهِ ذَلِكَ، إِذْ الشَّيْءُ لَا يَحْتَمِلُ تَنَاوُلَ مَا يُنَافِيهِ تَنَاوُلًا فَرْدِيًّا وَاعْلَمْ أَنِّي أَذْكُرُ لَكَ مَا سَنَحَ لِي فِي هَذَا الْمَوْضِعِ بِتَوْفِيقِ اللَّهِ تَعَالَى عَلَى وَجْهِهِ يَنْدَفِعُ بِهِ جَمِيعُ ذَلِكَ وَهُوَ أَنْ يُقَالَ: الْأَصْلُ أَنْ يَكُونَ يَبْعُ الْمَنْقُولِ وَغَيْرِ الْمَنْقُولِ قَبْلَ الْقَبْضِ جَائِزًا لِعُمُومِ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ لَكِنَّهُ خَصَّ مِنْهُ الرُّبَا بِدَلِيلِ مُسْتَقِلِّ مُقَارِنِ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ وَالْعَامُّ الْمَخْصُوصُ يَجُوزُ تَخْصِيصُهُ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ، وَهُوَ مَا رُوِيَ «أَنَّهُ نَهَى عَنْ يَبْعِ مَا لَمْ يُقْبَضْ»، ثُمَّ لَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا بِغَرَرِ الْانْفِسَاخِ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ فَقَدْ ثَبَتَ الْمَطْلُوبُ حَيْثُ لَا يَتَنَاوَلُ الْعَقَارَ.

وَأِنْ لَمْ يَكُنْ وَقَعَ التَّعَارُضُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَا رُوِيَ فِي السُّنَنِ مُسْتَدًّا إِلَى الْأَعْرَاجِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ «نَهَى عَنْ يَبْعِ الْغَرَرِ» وَبَيْنَهُ وَبَيْنَ أَدْلَةِ الْجَوَازِ وَذَلِكَ يَسْتَلْزِمُ التَّرْكَ، وَجَعَلَهُ مَعْلُومًا بِذَلِكَ إِعْمَالًا لِثُبُوتِ التَّوْفِيقِ حَيْثُذِ، وَالْإِعْمَالُ مُتَعَيَّنٌ لَا مَحَالَةَ. وَكَمَا لَمْ يَتَنَاوَلِ الْعَقَارَ لَمْ يَتَنَاوَلِ الصَّدَاقَ وَبَدَلَ الْحُلْعِ، وَيَكُونُ مُخْتَصًّا بِعَقْدِ يَنْفَسِخُ بِهِلَاكِ الْمَعْوُضِ قَبْلَ الْقَبْضِ.

هَذَا وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ (قَوْلُهُ وَالْإِجَارَةُ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِ مُحَمَّدٍ صُورَةَ التَّرَاغِ عَلَى الْإِجَارَةِ وَتَقْرِيرُهُ أَنَّهَا لَا تَصْلُحُ مَقِيسًا عَلَيْهَا لِأَنَّهَا عَلَى الْاِخْتِلَافِ. قَالَ فِي

الإيضاح: مَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ قَبْلَ الْقَبْضِ لَا تَجُوزُ إِجَارَتُهُ، لِأَنَّ صِحَّةَ الْإِجَارَةِ بِمِلْكِ الرَّقَبَةِ، فَإِذَا مَلَكَ التَّصَرُّفَ فِي الْأَصْلِ وَهُوَ الرَّقَبَةُ مَلَكَ فِي التَّابِعِ وَقِيلَ: لَا يَجُوزُ بِلَا خِلَافٍ وَهُوَ الصَّحِيحُ، لِأَنَّ الْمَنَافِعَ بِمَنْزِلَةِ الْمَقُولِ، وَالْإِجَارَةُ تَمْلِكُ الْمَنَافِعَ فَيَمْتَنِعُ جَوَازُهَا كَبَيْعِ الْمَقُولِ.

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى مَكِيلًا مَكَايِلَةً أَوْ مَوْزُونًا مُوَازِنَةً فَاصْكَتَالَهُ أَوْ أَثَرْتَهُ ثُمَّ بَاعَهُ مَكَايِلَةً أَوْ مُوَازِنَةً لَمْ يَجْزْ لِلْمُشْتَرَى مِنْهُ أَنْ يَبِيعَهُ وَلَا أَنْ يَأْكُلَهُ حَتَّى يُعِيدَ الْكَيْلَ وَالْوَزْنَ) «لِأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنِ بَيْعِ الطَّعَامِ حَتَّى يَجْرِيَ فِيهِ صَاعَانِ: صَاعُ الْبَائِعِ، وَصَاعُ الْمُشْتَرِي»^(١)؛ وَلِأَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنْ يَزِيدَ عَلَى الْمَشْرُوطِ وَذَلِكَ لِلْبَائِعِ وَالتَّصَرُّفُ فِي مَالٍ الْغَيْرِ حَرَامٌ فَيجِبُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَهُ مُجَازِفَةً، لِأَنَّ الزِّيَادَةَ لَهُ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ الثُّوبَ مُذَارَعَةً؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ لَهُ إِذَا الدَّرْعُ وَصَفَ فِي الثُّوبِ، بِخِلَافِ الْقَدْرِ، وَلَا مُعْتَبَرٌ بِكَيْلِ الْبَائِعِ قَبْلَ الْبَيْعِ وَإِنْ كَانَ بِحَضْرَةِ الْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ صَاعُ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي وَهُوَ الشَّرْطُ، وَلَا بِكَيْلِهِ بَعْدَ الْبَيْعِ بِغَيْبَةِ الْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّ الْكَيْلَ مِنْ بَابِ التَّسْلِيمِ؛ لِأَنَّ بِهِ يَصِيرُ الْمَبِيعُ مَعْلُومًا وَلَا تَسْلِيمَ إِلَّا بِحَضْرَتِهِ، وَلَوْ كَالَهُ الْبَائِعُ بَعْدَ الْبَيْعِ بِحَضْرَةِ الْمُشْتَرِي فَقَدْ قِيلَ لَا يَكْتَفَى بِهِ لظَاهِرِ الْحَدِيثِ، فَإِنَّهُ أُعْثِرَ صَاعَيْنِ وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَكْتَفَى بِهِ؛ لِأَنَّ الْمَبِيعَ صَارَ مَعْلُومًا بِكَيْلٍ وَاحِدٍ وَتَحَقَّقَ مَعْنَى التَّسْلِيمِ، وَمَحْمَلُ الْحَدِيثِ اجْتِمَاعُ الصَّفَقَتَيْنِ عَلَى مَا تُبَيِّنُ فِي بَابِ السَّلَامِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَلَوْ اشْتَرَى الْمَعْدُودُ عَدَاً فَهُوَ كَالْمَذْرُوعِ فِيمَا يُرَوَّى عَنْهُمَا لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالِ الرَّبَا، وَكَالْمَوْزُونِ فِيمَا يُرَوَّى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهُ لَا تَحِلُّ لَهُ الزِّيَادَةُ عَلَى الْمَشْرُوطِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى مَكِيلًا مَكَايِلَةً أَوْ مَوْزُونًا مُوَازِنَةً إلخ) إِذَا اشْتَرَى الْمَكِيلَ وَالْمَوْزُونَ كَالْخِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالسَّمْنِ وَالْحَدِيدِ وَأَرَادَ التَّصَرُّفَ فَذَلِكَ عَلَى أَرْبَعَةِ أَقْسَامٍ: اشْتَرَى مَكَايِلَةً وَبَاعَ مَكَايِلَةً، أَوْ اشْتَرَى مُجَازِفَةً وَبَاعَ كَذَلِكَ، أَوْ اشْتَرَى مَكَايِلَةً وَبَاعَ مُجَازِفَةً، أَوْ بِالْعَكْسِ مِنْ ذَلِكَ. فَفِي الْأَوَّلِ لَمْ يَجْزْ لِلْمُشْتَرِي مِنَ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ أَنْ يَبِيعَهُ حَتَّى يُعِيدَ الْكَيْلَ لِنَفْسِهِ كَمَا كَانَ الْحُكْمُ فِي حَقِّ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ كَذَلِكَ

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٢٢٨)، وابن أبي شيبة في المصنف (١٩٧/٧)، والدارقطني (٨/٣).

لَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ «نَهَى عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ حَتَّى يَجْرِيَ بِهِ صَاعَانِ صَاعُ الْبَائِعِ، وَصَاعُ الْمُشْتَرِي» وَلِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَزِيدَ عَلَى الْمَشْرُوطِ وَذَلِكَ لِلْبَائِعِ. وَالتَّصَرُّفُ فِي مَالِ الْغَيْرِ حَرَامٌ فَيَجِبُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ وَهُوَ بَتَرِكِ التَّصَرُّفِ، وَهَذِهِ الْعِلَّةُ مَوْجُودَةٌ فِي الْمَوْزُونِ فَكَانَ مِثْلُهُ. وَفِي الثَّانِي لَا يَحْتَاجُ إِلَى الْكِيلِ لِعَدَمِ الْإِفْتِقَارِ إِلَى تَعْيِينِ الْمِقْدَارِ.

وَفِي الثَّلَاثِ لَا يَحْتَاجُ الْمُشْتَرِي الثَّانِي إِلَى كَيْلٍ لِأَنَّهُ لَمَّا اشْتَرَاهُ مُجَازَفَةً مَلَكَ جَمِيعَ مَا كَانَ مُشَارًا إِلَيْهِ فَكَانَ مُتَصَرِّفًا فِي مَلَكَ نَفْسِهِ. قَالَ الْمُصَنِّفُ (لَأَنَّ الزِّيَادَةَ لَهُ) وَاعْتَرَضَ بِأَنَّ الزِّيَادَةَ لَا تُتَصَوَّرُ فِي الْمُجَازَفَةِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ مِنَ الْجَائِزِ أَنَّهُ اشْتَرَى مَكِيلًا مُكَائِلَةً فَكَتَلَهُ عَلَى أَنَّهُ عَشْرَةُ أَقْفَرَةٍ مَثَلًا ثُمَّ بَاعَهُ مُجَازَفَةً فَإِذَا هُوَ اثْنَا عَشَرَ فِي الْوَاقِعِ فَيَكُونُ زِيَادَةً عَلَى الْمَكِيلِ الَّذِي اشْتَرَاهُ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلُ وَفِيهِ مِنَ التَّمَحُّلِ مَا تَرَى. وَقِيلَ الْمُرَادُ الزِّيَادَةُ الَّتِي كَانَتْ فِي ذَهْنِ الْبَائِعِ، وَذَلِكَ بِأَنَّهُ بَاعَ مُجَازَفَةً وَفِي ذَهْنِهِ أَنَّهُ مِائَةٌ فَفَيزِ فَإِذَا هُوَ زَائِدٌ عَلَى مَا ظَنَّهُ فَالزَّائِدُ لِلْمُشْتَرِي.

وَيَجُوزُ أَنْ يُجْعَلَ مِنْ بَابِ الْغَرَضِ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ الْمَانِعَ مِنَ التَّصَرُّفِ هُوَ احْتِمَالُ الزِّيَادَةِ، وَلَوْ فُرِضَ فِي الْمُجَازَفَةِ زِيَادَةٌ كَانَتْ لِلْمُشْتَرِي حَيْثُ لَمْ يَقَعْ الْعَقْدُ مُكَائِلَةً فَهَذَا الْمَانِعُ عَلَى تَقْدِيرِ وُجُودِهِ لَمْ يَمْنَعْ التَّصَرُّفَ عَلَى تَقْدِيرِ عَلَيْهِ أَوَّلَى، وَيَجُوزُ فَرَضُ الْمَحَالِ إِذَا تَعَلَّقَ بِهِ غَرَضٌ كَقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿إِنْ تَدْعُوهُمْ لَا يَسْمَعُوا دُعَاءَكُمْ وَلَوْ سَمِعُوا مَا اسْتَجَابُوا لَكُمْ﴾ [فاطر: ١٤] وَفِي الرَّابِعِ يَحْتَاجُ إِلَى كَيْلٍ وَاحِدٍ، إِمَّا كَيْلَ الْمُشْتَرِي أَوْ كَيْلَ الْبَائِعِ بِحَضْرَتِهِ لِأَنَّ الْكِيلَ شَرْطٌ لِحَوَازِ التَّصَرُّفِ فِيمَا يَبِيعُ مُكَائِلَةً لِمَكَانِ الْحَاجَةِ إِلَى تَعْيِينِ الْمِقْدَارِ الْوَاقِعِ مَبِيعًا، وَأَمَّا الْمُجَازَفَةُ فَلَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لَمَّا ذَكَرْنَا. فَإِنْ قِيلَ: النَّهْيُ عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ إِلَى الْغَايَةِ الْمَذْكُورَةِ يَتَنَاوَلُ الْأَقْسَامَ الْأَرْبَعَةَ فَمَا وَجْهُ تَخْصِيصِهِ بِمَا فِي الْكِتَابِ؟ فَالْجَوَابُ أَنَّهُ مَعْلُولٌ بِاحْتِمَالِ الزِّيَادَةِ عَلَى الْمَشْرُوطِ وَذَلِكَ بِمَا يُتَصَوَّرُ إِذَا يَبِيعُ مُكَائِلَةً فَلَمْ يَتَنَاوَلْ مَا عَدَاهُ.

وَرَدَّ بِأَنَّهُ دَعَاى مُجَرَّدَةٌ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ التَّقْصِيَّ عَنْ عَهْدَةِ ذَلِكَ بِأَنَّهُ يُقَالُ: قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ يَقْتَضِي جَوَازَهُ مُطْلَقًا وَهُوَ مَخْصُوصٌ بِآيَةِ الرِّبَا فَجَازَ تَخْصِيصُهُ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ، وَفِيهِ ذِكْرُ جَرَيَانِ الصَّاعَيْنِ، وَلَيْسَ ذَلِكَ إِلَّا لِتَعْيِينِ الْمِقْدَارِ وَتَعْيِينِ الْمِقْدَارِ إِنَّمَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ عِنْدَ تَوْهَمِ زِيَادَةٍ أَوْ نُقْصَانٍ فَكَانَ فِي النَّصِّ مَا يَدُلُّ عَلَى

أَنَّهُ مَعْلُولٌ بِذَلِكَ وَهُوَ فِي الْمَجَازَفَةِ مَعْدُومٌ فَكَانَ جَائِزًا بِلَا كَيْلٍ، ثُمَّ فِي قَوْلِهِ اشْتَرَى مَكِيلًا إِشَارَةً إِلَى أَنَّهُ لَوْ مَلَكَهُ بِهِةٌ أَوْ إِرْثٌ أَوْ وَصِيَّةٌ جَازَ التَّصَرُّفُ فِيهِ قَبْلَ الْكَيْلِ بِالْبَيْعِ وَغَيْرِهِ، وَكَذَا لَوْ وَقَعَ ثَمَنًا كَمَا سَيَأْتِي وَحُكْمُ بَيْعِ الثَّوْبِ مُدَارَعَةٌ حُكْمُ الْمَجَازَفَةِ فِي الْمَكِيلِ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ لَهُ، إِذِ الذَّرْعُ وَصَفٌ فِي الثَّوْبِ فَلَمْ يَكُنْ هُنَاكَ احْتِمَالُ الزِّيَادَةِ فَلَمْ تَكُنْ فِي مَعْنَى مَا وَرَدَ بِهِ النَّصُّ لِتَلَحُّقِ بِهِ، بِخِلَافِ الْقَدْرِ فَإِنَّهُ مَبِيعٌ لَا وَصَفٌ، وَلَا مُعْتَبَرٌ بِكَيْلِ الْبَائِعِ وَهُوَ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلُ قَبْلَ الْبَيْعِ وَإِنْ كَانَ بِحَضْرَةِ الْمُشْتَرِي الثَّانِي لِأَنَّ الشَّرْطَ صَاعُ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي وَهَذَا لَيْسَ كَذَلِكَ وَلَا بِكَيْلِهِ بَعْدَ الْبَيْعِ بَعِيَّةِ الْمُشْتَرِي لِأَنَّ الْكَيْلَ مِنْ بَابِ التَّسْلِيمِ إِذِ الْمَبِيعُ يَصِيرُ بِهِ مَعْلُومًا وَلَا تَسْلِيمَ إِلَّا بِحَضْرَتِهِ.

وَلَوْ كَالَهُ الْبَائِعُ بَعْدَ الْبَيْعِ بِحَضْرَةِ الْمُشْتَرِي فَقَدْ قِيلَ لَا يُكْتَفَى بِهِ لظَاهِرِ الْحَدِيثِ فَإِنَّهُ اعْتَبَرَ صَاعَيْنِ وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُكْتَفَى بِهِ لِأَنَّ الْمَبِيعَ صَارَ مَعْلُومًا بِكَيْلِ وَاحِدٍ وَتَحَقَّقَ مَعْنَى التَّسْلِيمِ وَانْتَفَى احْتِمَالُ الزِّيَادَةِ، وَمَحْمَلُ الْحَدِيثِ اجْتِمَاعُ الصَّفَقَتَيْنِ عَلَى مَا سَيَأْتِي فِي بَابِ السَّلَمِ أَنَّ مَنْ أَسْلَمَ فِي كُرٍّ فَلَمَّا حَلَّ الْأَجَلَ اشْتَرَى الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ مِنْ رَجُلٍ كُرًّا أَوْ أَمَرَ رَبُّ الْمَالِ بِقَبْضِهِ لَمْ يَكُنْ قَبْضًا، وَإِنْ أَمَرَهُ أَنْ يَقْبِضَهُ لَهُ ثُمَّ يَقْبِضَهُ لِنَفْسِهِ فَاتَّخَذَهُ لَهُ ثُمَّ أَكْثَلَهُ لِنَفْسِهِ جَازَ لِأَنَّهُ اجْتَمَعَتِ الصَّفَقَتَانِ بِشَرْطِ الْكَيْلِ فَلَا بُدَّ مِنَ الْكَيْلِ مَرَّتَيْنِ.

وَأَعْلَمُ أَنَّ فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ رَحِمَهُ اللَّهُ إِبْهَامَ التَّنَاقُضِ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ وَضَعَ الْمَسْأَلَةَ أَوَّلًا فِيمَا إِذَا كَانَ الْعَقْدَانِ بِشَرْطِ الْكَيْلِ. وَاسْتَدَلَّ عَلَى وَجُوبِ جَرَيَانِ الصَّاعَيْنِ بِالْحَدِيثِ، ثُمَّ ذَكَرَ فِي آخِرِ الْمَسْأَلَةِ أَنَّ الصَّحِيحَ أَنْ يُكْتَفَى بِالْكَيْلِ الْوَاحِدِ وَهُوَ يَفْتَضِي أَنْ يَكُونَ وَضْعُ الْمَسْأَلَةِ فِيمَا يَكُونُ عَقْدًا وَاحِدًا بِشَرْطِ الْكَيْلِ، لَمَّا أَنَّ الْاِكْتِفَاءَ بِالْكَيْلِ الْوَاحِدِ فِي الصَّحِيحِ مِنَ الرَّوَايَةِ إِنَّمَا هُوَ فِي الْعَقْدِ الْوَاحِدِ بِشَرْطِ الْكَيْلِ. وَأَمَّا إِذَا وَجَدَ الْعَقْدُ بِشَرْطِ الْكَيْلِ فَالْاِكْتِفَاءُ بِالْكَيْلِ الْوَاحِدِ فِيهِمَا لَيْسَ بِصَحِيحٍ مِنَ الرَّوَايَةِ، بَلِ الْجَوَابُ فِيهِ عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الرَّوَايَةِ وَجُوبُ الْكَيْلَيْنِ. وَدَفَعَهُ بِأَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ بِالْبَائِعِ فِي قَوْلِهِ وَلَوْ كَالَهُ الْبَائِعِ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلُ وَبِالْمُشْتَرِي هُوَ الثَّانِي وَبِالْبَيْعِ هُوَ الْبَيْعُ الثَّانِي، وَمَعْنَاهُ أَنَّ الْمُشْتَرِي إِذَا بَاعَ مَكَايِلَةً وَكَأَلَهُ بِحَضْرَةِ مُشْتَرِيهِ يُكْتَفَى بِذَلِكَ لَمَّا ذَكَرْنَا مِنْ الدَّلِيلِ، وَيَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ قَوْلُهُ وَمَحْمَلُ الْحَدِيثِ اجْتِمَاعُ الصَّفَقَتَيْنِ فَإِنَّهُ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ اجْتِمَاعَ الصَّفَقَتَيْنِ غَيْرُ مَنْظُورٍ إِلَيْهِ، فَكَأَنَّهُ يَقُولُ: الْحَدِيثُ دَلِيلٌ عَلَى

وَجُوبِ الصَّاعَيْنِ فِيمَا إِذَا اجْتَمَعَتِ الصَّفَقَتَانِ كَمَا فِي أَوَّلِ الْمَسْأَلَةِ وَمَا سَيَأْتِي فِي بَابِ السَّلَمِ. وَأَمَّا فِيمَا نَحْنُ فِيهِ فَلَا.

هَذَا وَإِذَا نَظَرْنَا إِلَى التَّغْلِيلِ وَهُوَ قَوْلُهُ وَلَائِهِ يَحْتَمِلُ أَنْ يَزِيدَ عَلَى الْمَشْرُوطِ وَذَلِكَ لِلْبَائِعِ يَقْتَضِي أَنْ يُكْتَفَى بِالْكَيْلِ الْوَاحِدِ فِي أَوَّلِ الْمَسْأَلَةِ أَيْضًا كَمَا ذَكَرْنَا. وَلَوْ ثَبَتَ أَنَّ وَجُوبَ الْكَيْلَيْنِ عَزِيمَةٌ وَالْاِكْتِفَاءُ بِالْكَيْلِ الْوَاحِدِ رُخْصَةٌ أَوْ قِيَاسٌ أَوْ اسْتِحْسَانٌ لَكَانَ ذَلِكَ مَدْفَعًا جَارِيًا عَلَى الْقَوَانِينِ لَكِنْ لَمْ أَظْفَرْ بِذَلِكَ. وَلَوْ اشْتَرَى الْمَعْدُودَ عَدًّا فَهُوَ كَالْمَذْرُوعِ فِيمَا يُرَوَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ. وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالِ الرِّبَا، وَلِهَذَا جَازَ بَيْعُ الْوَاحِدِ بِالْآثْنَيْنِ فَكَانَ كَالْمَذْرُوعِ. وَحُكْمُهُ قَدْ مَرَّ أَنَّهُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى إِعَادَةِ الذَّرْعِ إِذَا بَاعَ مَزَارَعَةً. وَكَالْمُوزُونِ فِيمَا يُرَوَى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ قَوْلُ الْكَرْخِيِّ لِأَنَّهُ لَا تَحِلُّ الزِّيَادَةُ، أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ اشْتَرَى جَوْزًا عَلَى أَهْأَا أَلْفَ فَوْجَدَهَا أَكْثَرَ لَمْ تَسْلَمْ لَهُ الزِّيَادَةُ، وَلَوْ وَجَدَهَا أَقَلَّ يَسْتَرِدُّ حِصَّةَ التَّقْصَانِ كَالْمُوزُونِ فَلَا بُدَّ لِحَوَازِ التَّصَرُّفِ مِنَ الْعَدِّ كَالْوَزْنِ فِي الْمُوزُونِ.

قَالَ (وَالْتَصَرُّفُ فِي الثَّمَنِ قَبْلَ الْقَبْضِ جَائِزٌ لِقِيَامِ الْمُطْلَقِ وَهُوَ الْمَلِكُ وَلَيْسَ فِيهِ غَرَرُ الْانْفِسَاخِ بِالْهَلَاكِ لَعَدَمِ تَعَيُّنِهَا بِالتَّعْيِينِ، بِخِلَافِ الْمَبْعِ، قَالَ (وَيَجُوزُ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَزِيدَ لِلْبَائِعِ فِي الثَّمَنِ وَيَجُوزُ لِلْبَائِعِ أَنْ يَزِيدَ لِلْمُشْتَرِي فِي الْمَبْعِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَحْطَ مِنَ الثَّمَنِ وَيَتَعَلَّقُ الْاِسْتِحْقَاقُ بِجَمِيعِ ذَلِكَ) فَالزِّيَادَةُ وَالْحَطُّ يَلْتَحِقَانِ بِأَصْلِ الْعَقْدِ عِنْدَنَا، وَعِنْدَ زُفَرٍ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمُ اللَّهُ لَا يَصِحَّانِ عَلَى اعْتِبَارِ الْاِلْتِحَاقِ، بَلْ عَلَى اعْتِبَارِ ابْتِدَاءِ الصَّلَةِ، لَهُمَا أَنَّهُ لَا يُمْكِنُ تَصْحِيحُ الزِّيَادَةِ ثَمًّا؛ لِأَنَّهُ يُصَيِّرُ مِلْكَهُ عِوَضَ مِلْكِهِ فَلَا يَلْتَحِقُ بِأَصْلِ الْعَقْدِ، وَكَذَا الْحَطُّ؛ لِأَنَّ كُلَّ الثَّمَنِ صَارَ مُقَابِلًا بِكُلِّ الْمَبْعِ فَلَا يُمْكِنُ إِخْرَاجُهُ فَصَارَ بَرًّا مُبْتَدَأً، وَلَنَا أَنَّهُمَا بِالْحَطِّ وَالزِّيَادَةِ يُغَيِّرَانِ الْعَقْدَ مِنْ وَصْفِ مَشْرُوعٍ إِلَى وَصْفِ مَشْرُوعٍ وَهُوَ كَوْنُهُ رَابِحًا أَوْ خَاسِرًا أَوْ عَدْلًا، وَلَهُمَا وَلَايَةُ الرِّفْعِ فَأَوْلَى أَنْ يَكُونَ لَهُمَا وَلَايَةُ التَّغْيِيرِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا أَسْقَطَا الْخِيَارَ أَوْ شَرَطَاهُ بَعْدَ الْعَقْدِ، ثُمَّ إِذَا صَحَّ يَلْتَحِقُ بِأَصْلِ الْعَقْدِ؛ لِأَنَّ وَصْفَ الشَّيْءِ يَقُومُ بِهِ لَا بِنَفْسِهِ، بِخِلَافِ حَطِّ الْكُلِّ؛ لِأَنَّهُ تَبْدِيلٌ لِأَصْلِهِ لَا تَغْيِيرٌ لَوْصِفِهِ فَلَا يَلْتَحِقُ بِهِ، وَعَلَى اعْتِبَارِ الْاِلْتِحَاقِ لَا تَكُونُ الزِّيَادَةُ عِوَضًا عَنْ مِلْكِهِ، وَيُظْهَرُ حُكْمُ الْاِلْتِحَاقِ فِي التَّوْلِيَةِ وَالْمُرَابَحَةِ حَتَّى يَجُوزَ عَلَى الْكُلِّ فِي الزِّيَادَةِ وَيُبَاشِرَ

على الباقي في الحط وفي الشفعة حتى يأخذ بما بقي في الحط، وإنما كان للشفيع أن يأخذ بدون الزيادة لما في الزيادة من إبطال حقه الثابت فلا يملكه، ثم الزيادة لا تصبح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية؛ لأن المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه والشيء يثبت ثم يستند، بخلاف الحط لأنه بحال يمكن إخراج البدل عما يقابله فيلتحق بأصل العقد استناداً.

الشرح:

قال (والتصرف في الثمن قبل القبض جائز) سواء كان ممّا لا يتعين كالتقود أو ممّا يتعين كالمكيل والموزون، حتى لو باع إبلاً بدراهم أو بكر من الحنطة جاز أن يأخذ بدله شيئاً آخر. قال ابن عمر رضي الله عنهما: «كُنَّا نَبِيعُ الْإِبِلَ فِي الْبَيْعِ فَنَأْخُذُ مَكَانَ الدَّرَاهِمِ الذَّنَائِرَ وَمَكَانَ الذَّنَائِرِ الدَّرَاهِمَ، وَكَانَ يُجَوِّزُهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ» ولأن المطلق للتصرف وهو الملك قائم والمانع وهو غرر الانفساخ بالهلاك متنفذ لعدم تعينها بالتعيين أي في التقود بخلاف المبيع.

قال (ويجوز للمشتري أن يزيد البائع في الثمن) إذا اشترى عيناً بمائة ثم زاد عشرة مثلاً أو باع عيناً بمائة ثم زاد على المبيع شيئاً أو حطّ بغض الثمن جاز، والاستحقاق يتعلّق بكل ذلك فيملك البائع حبس المبيع حتى يستوفي الأصل والزيادة، ولا يملك المشتري مطالبة المبيع من البائع حتى يدفعهما إليه.

ويستحقّ المشتري مطالبة المبيع كله بتسليم ما بقي بعد الحطّ ويتعلّق الاستحقاق بجميع ذلك يعني الأصل والزيادة. فإذا استحقّ المبيع يرجع المشتري على البائع بهما، وإذا جاز ذلك فالزيادة والحطّ يلتحقان بأصل العقد عندنا. وعند زفر والشافعي لا يصحّان على اعتبار الالتحاق، بل على اعتبار ابتداء الصلة أي الهبة ابتداءً لا ثمّ إلا بالتسليم. لهما أنه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمناً لأن هذا التصحيح يصير ملكه عوضاً عنه لأن المشتري ملك المبيع بالعقد المسمى ثمناً. فالزيادة في الثمن تكون في مقابلة ملك نفسه وهو المبيع وذلك لا يجوز، وفي الحطّ الثمن كله مقابل بكل المبيع فلا يمكن إخراجهُ عن ذلك فصار برأ مبتدأ. ولنا أن البائع والمشتري بالحطّ والزيادة غير العقد بتراضيهما من وصف مشروع إلى وصف مشروع، لأن البيع المشروع خاسر

وَرَابِعٌ وَعَدْلٌ، وَالزِّيَادَةُ فِي الثَّمَنِ تَجْعَلُ الْخَاسِرَ عَدْلًا وَالْعَدْلَ رَابِعًا، وَالْحَطُّ يَجْعَلُ الرَّابِعَ عَدْلًا وَالْعَدْلَ خَاسِرًا وَذَلِكَ الزِّيَادَةُ فِي الْمَبِيعِ، وَلَهُمَا وَلَايَةُ التَّصَرُّفِ بِرَفْعِ أَصْلِ الْعَقْدِ بِالْإِقَالَةِ، فَأُولَى أَنْ يَكُونَ لَهُمَا وَلَايَةُ التَّغْيِيرِ مِنْ وَصْفٍ إِلَى وَصْفٍ لِأَنَّ التَّصَرُّفَ فِي صِفَةِ الشَّيْءِ أَهْوَنُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي أَصْلِهِ وَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ لِأَحَدِ الْعَاقِدَيْنِ أَوْ لَهُمَا خِيَارُ الشَّرْطِ فَاسْقَطًا أَوْ شَرْطَاهُ بَعْدَ الْعَقْدِ فَصَحَّ إِلْحَاقُ الزِّيَادَةِ بَعْدَ تَمَامِ الْعَقْدِ، وَإِذَا صَحَّ يَلْتَحِقُ بِأَصْلِ الْعَقْدِ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ فِي الثَّمَنِ كَالْوَصْفِ لَهُ، وَوَصْفُ الشَّيْءِ يَقُومُ بِذَلِكَ الشَّيْءِ لَا بِنَفْسِهِ، فَالزِّيَادَةُ تَقُومُ بِالثَّمَنِ لَا بِنَفْسِهَا.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ حَطُّ الْبَعْضِ صَحِيحًا لَكَانَ حَطُّ الْكُلِّ كَذَلِكَ اعْتِبَارًا لِلْكُلِّ بِالْبَعْضِ. أَجَابَ الْمُصَنِّفُ بِالْفَرْقِ بِقَوْلِهِ بِخِلَافِ حَطِّ الْكُلِّ لِأَنَّهُ تَبْدِيلٌ بِأَصْلِهِ لَا تَغْيِيرٌ بِوَصْفِهِ، لِأَنَّ عَمَلَ الْحَطِّ فِي إِخْرَاجِ الْقَدْرِ الْمَحْطُوطِ مِنْ أَنْ يَكُونَ ثَمَنًا فَالشَّرْطُ فِيهِ قِيَامُ الثَّمَنِ وَذَلِكَ فِي حَطِّ الْبَعْضِ لَوْجُودِ مَا يَصْلُحُ ثَمَنًا. وَأَمَّا حَطُّ الْجَمِيعِ فَتَبْدِيلٌ لِلْعَقْدِ، لِأَنَّهُ إِمَّا أَنْ يَبْقَى نَبْعًا بَاطِلًا لِعَدَمِ الثَّمَنِ حِينَئِذٍ وَقَدْ عَلِمْتَ أَنَّهُمَا لَمْ يَقْصِدَا ذَلِكَ أَوْ يَصِيرَ هَبَةً وَقَدْ كَانَ قَصْدُهُمَا التَّجَارَةَ فِي الْمَبِيعِ دُونَ الْهَبَةِ فَلَا يَلْتَحِقُ بِأَصْلِ الْعَقْدِ لَوْجُودِ الْمَانِعِ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ عَدَمِ الْإِلْتِحَاقِ لِمَانِعٍ عَدَمُهُ لَا لِمَانِعٍ فَيَلْتَحِقُ حَطُّ الْبَعْضِ بِأَصْلِ الْعَقْدِ، وَعَلَى اعْتِبَارِ الْإِلْتِحَاقِ لَا تَكُونُ الزِّيَادَةُ عَوَضًا عَنْ مِلْكِهِ.

وَيَظْهَرُ حُكْمُ الْإِلْتِحَاقِ فِي التَّوَلِيَةِ وَالْمُرَابَحَةِ حَتَّى تَجُوزَ عَلَى الْكُلِّ فِي الزِّيَادَةِ، وَعَلَى الْبَاقِي فِي الْحَطِّ فَإِنَّ الْبَائِعَ إِذَا حَطَّ بَعْضَ الثَّمَنِ عَنِ الْمُشْتَرِي وَالْمُشْتَرِي قَالَ لِآخَرَ وَلَيْتَكَ هَذَا الشَّيْءَ وَقَعَ عَقْدُ التَّوَلِيَةِ عَلَى مَا بَقِيَ مِنَ الثَّمَنِ بَعْدَ الْحَطِّ فَكَانَ الْحَطُّ بَعْدَ الْعَقْدِ مُلْتَحِقًا بِأَصْلِ الْعَقْدِ كَانَ الثَّمَنُ فِي ابْتِدَاءِ الْعَقْدِ هُوَ ذَلِكَ الْمَقْدَارُ وَكَذَلِكَ فِي الزِّيَادَةِ، وَيَظْهَرُ حُكْمُهُ أَيْضًا فِي الشُّفْعَةِ حَتَّى يَأْخُذَ الشَّفِيعُ بِمَا بَقِيَ فِي الْحَطِّ (قَوْلُهُ وَإِنَّمَا كَانَ لِلشَّفِيعِ) جَوَابُ سُؤَالٍ مُقَدَّرٍ تَقْدِيرُهُ لَوْ كَانَتْ الزِّيَادَةُ مُلْتَحِقَةً بِأَصْلِ الْعَقْدِ لَأَخَذَ الشَّفِيعُ بِالزِّيَادَةِ كَمَا لَوْ كَانَتْ فِي ابْتِدَاءِ الْعَقْدِ.

وَتَقْرِيرُ الْجَوَابِ: إِنَّمَا كَانَ لِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ بِذَوْنِ الزِّيَادَةِ لِأَنَّ حَقَّهُ تَعَلَّقَ بِالْعَقْدِ الْأَوَّلِ، وَفِي الزِّيَادَةِ إِبْطَالٌ لَهُ، وَلَيْسَ لَهُمَا وَلَايَةُ عَلَى إِبْطَالِ حَقِّ الْغَيْرِ بَرَأصِيهِمَا وَهَذَا كُلُّهُ إِذَا كَانَ الْمَبِيعُ قَائِمًا. وَأَمَّا بَعْدَ هَلَاكِهِ فَلَا تَصِحُّ الزِّيَادَةُ فِي الثَّمَنِ عَلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ

لأن المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه. إذ الاعتياض إنما يكون في موجود الشيء يثبت ثم يستند ولم تثبت الزيادة لعدم ما يقابله فلا تستند، بخلاف الخط لأنه بحال يمكن إخراج البذل عما يقابله لكونه إسقاطاً وإسقاط لا يستلزم ثبوت ما يقابله فيثبت الخط في الحال ويلتحق بأصل العقد استناداً.

روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه تصح زيادة الثمن بعد هلاك المبيع. وجهه أن يجعل العقود عليه قائماً تقديراً وتجعل الزيادة تعبيراً كما جعل قائماً إذا أطلع المشتري على عيب كان قبل الهلاك حيث يرجع بنقصان العيب، وهذا لأن قيام العقد بالعاقدين لا بالمحل، واشترط المحل لإثبات الملك أو إنقائه بطريق التجدد فلم يكن لإيفاء العقد في حقه فائدة، فأما فيما وراء ذلك ففيه فائدة فتبقى الزيادة في المبيع جائزة لأنها تثبت في مقابلة الثمن وهو قائم ويكون لها حصة من الثمن، حتى لو هلك قبل القبض سقط بحصتها شيء من الثمن.

قال (ومن باع بثمن حال ثم أجله أجلاً معلوماً صار مؤجلاً)؛ لأن الثمن حقه فله أن يؤخره تيسيراً على من عليه، ألا ترى أنه يملك إبراءه مطلقاً فكذلك مؤقلاً، ولو أجله إلى أجل مجهول إن كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الرياح لا يجوز، وإن كانت متقاربة كالحصاد والدياس يجوز؛ لأنه بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه من قبل. قال (وكل دين حال إذا أجله صاحبه صار مؤجلاً)؛ لما ذكرنا (إلا القرض) فإن تأجيله لا يصح؛ لأنه إعارة وصلة في الابتداء حتى يصح بلفظة الإعارة، ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة في الانتهاء، فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كما في الإعارة، إذ لا جبر في التبرع، وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح؛ لأنه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربا، وهذا بخلاف ما إذا أوصى أن يقرض من ماله ألف درهم فلانا إلى سنة حيث يلزم الورثة من ثلثه أن يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة؛ لأنه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقاً للموصي، والله تعالى أعلم

الشرح:

قال (ومن باع بثمن حال) ثم أجله أجل معلوم إذا باع شيئاً بثمن حال ثم أجله لا يخلو من أن يكون الأجل معلوماً أو مجهولاً، فإن كان الأول صح وصار مؤجلاً. وقال

زَفَرُ: لَا يَلْحَقُ الْأَجَلَ بِالْعَقْدِ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ لِأَنَّهُ دَيْنٌ فَلَا يَتَأَجَّلُ كَالْقَرْضِ.

وَلَنَا أَنَّ الثَّمَنَ حَقُّهُ فَجَازَ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيهِ بِالتَّأْجِيلِ رَفَقًا بِمَنْ عَلَيْهِ، وَلِأَنَّ التَّأْجِيلَ إِثْبَاتُ بَرَاءَةٍ مُؤَقَّتَةٍ إِلَى حُلُولِ الْأَجَلِ، وَهُوَ يَمْلِكُ الْبَرَاءَةَ الْمُطْلَقَةَ بِالْإِبْرَاءِ عَنِ الثَّمَنِ فَلِأَنَّ يَمْلِكُ الْبَرَاءَةَ الْمُؤَقَّتَةَ أُولَى، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ تَكُونَ الْجَهَالَةُ فَاحِشَةً أَوْ يَسِيرَةً، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ كَمَا إِذَا أَجَّلَهُ إِلَى هُبُوبِ الرِّيحِ وَنُزُولِ الْمَطَرِ لَا يَجُوزُ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي كَالْحَصَادِ وَالْدِّيَاسِ جَازَ كَالْكَفَالَةِ، لِأَنَّ الْأَجَلَ لَمْ يُشْتَرَطْ فِي عَقْدِ الْمَعَاوَضَةِ فَصَحَّ مَعَ الْجَهَالَةِ الْيَسِيرَةِ بِخِلَافِ الْبَيْعِ (وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ) يَعْنِي فِي أَوَاخِرِ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ قَالَ (وَكُلُّ دَيْنٍ حَالٌ إِذَا أَجَّلَهُ صَاحِبُهُ صَارَ مُؤَجَّلًا) كُلُّ دَيْنٍ حَالٌ يَتَأَجَّلُ صَاحِبِهِ يَصِيرُ مُؤَجَّلًا (لَمَّا ذَكَرْنَا) أَنَّهُ حَقُّهُ، لَكِنَّ الْقَرْضَ لَا يَصِحُّ تَأْجِيلُهُ.

وَهَذَا لِأَنَّ الْقَرْضَ فِي الْإِبْتِدَاءِ صِلَةٌ وَإِعَارَةٌ فَهُوَ بِهَذَا الْاِعْتِبَارِ مِنَ التَّبَرُّعَاتِ، وَلِهَذَا يَصِحُّ بِلَفْظِ الْإِعَارَةِ (وَلَا يَمْلِكُهُ مَنْ لَا يَمْلِكُ التَّبَرُّعَ كَالْوَصِيِّ وَالصَّبِيِّ، وَمَعَاوَضَةٌ فِي الْإِنْتِهَاءِ) لِأَنَّ الْوَاجِبَ بِالْقَرْضِ رَدُّ الْمَثَلِ لَا رَدُّ الْعَيْنِ (فَعَلَى اعْتِبَارِ الْإِبْتِدَاءِ لَا يَصِحُّ) أَيُّ لَا يَلْزَمُ التَّأْجِيلُ فِيهِ (كَمَا فِي الْإِعَارَةِ إِذْ لَا جَبْرَ وَعَلَى اعْتِبَارِ الْإِنْتِهَاءِ لَا يَصِحُّ لِأَنَّهُ يَصِيرُ بَيْعَ الدَّرَاهِمِ بِالْأَرَاهِمِ نَسِيئَةً وَهُوَ رَبَا) وَهَذَا يَقْتَضِي فَسَادَ الْقَرْضِ لَكِنَّ نَدَبَ الشَّرْعِ إِلَيْهِ، وَأَجْمَعَ الْأُمَّةُ عَلَى جَوَازِهِ فَاعْتَمَدْنَا عَلَى الْإِبْتِدَاءِ وَقُلْنَا بِجَوَازِهِ بِلَا لُزُومٍ (وَتَوْقُضَ بِمَا إِذَا أَوْصَى أَنْ يُقْرَضَ مِنْ مَالِهِ أَلْفَ دِرْهَمٍ فَلَانَا إِلَى سَنَةٍ) فَإِنَّهُ قَرْضٌ مُؤَجَّلٌ وَأَجَلُهُ لَازِمٌ.

(حَيْثُ يَلْزَمُ مِنْ ثَلَاثِهِ أَنْ يُقْرَضَهُ وَلَا يُطَالَبُ بِهِ) إِلَى سَنَةٍ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ بَابِ الْوَصِيَّةِ بِالتَّبَرُّعِ كَالْوَصِيَّةِ بِالْخِدْمَةِ وَالسُّكْنَى فِي كَوْنِهِمَا وَصِيَّةٌ بِالتَّبَرُّعِ بِالْمَنَافِعِ وَيَلْزَمُ فِي الْوَصِيَّةِ مَا لَا يَلْزَمُ فِي غَيْرِهَا، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ أَوْصَى بِثَمَرَةِ بُسْتَانِهِ لِفُلَانٍ صَحَّ وَلَزِمَ وَإِنْ كَانَتْ مَعْدُومَةً وَقَتِ الْوَصِيَّةِ فَكَذَلِكَ يَلْزَمُ التَّأْجِيلُ فِي الْقَرْضِ حَتَّى لَا يَجُوزَ لِلرَّوْنَةِ مُطَالَبَةُ الْمُوصَى لَهُ بِالْإِسْتِرْدَادِ قَبْلَ السَّنَةِ حَقًّا لِلْمُوصِي، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ الرِّبَا

قَالَ الرَّبَا مُحَرَّمٌ فِي كُلِّ مَكِيلٍ أَوْ مَوْزُونٍ إِذَا بَاعَ بِجِنْسِهِ مُتَفَاضِلًا فَالْعِلَّةُ عِنْدَنَا الْكَيْلُ مَعَ الْجِنْسِ وَالْوَزْنُ مَعَ الْجِنْسِ. قَالَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: وَيَقَالُ الْقَدْرُ مَعَ الْجِنْسِ وَهُوَ أَشْمَلُ. وَالْأَصْلُ فِيهِ الْحَدِيثُ الْمَشْهُورُ وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الْحِنْطَةُ بِالْحِنْطَةِ

فِي الرُّهْدِ؟ قَالَ قَدْ صَنَّفْتُ كِتَابَ الْيُبُوعِ، وَمُرَادُهُ بَيَّنْتُ فِيهِ مَا يَحِلُّ وَيَحْرُمُ، وَلَيْسَ الرُّهْدُ إِلَّا الاجْتِنَابُ مِنَ الْحَرَامِ وَالرَّغْبَةُ فِي الْحَلَالِ.

وَالرِّبَا فِي اللُّغَةِ هُوَ الزِّيَادَةُ، مِنْ رَبَا الْمَالُ: أَيُّ زَادَ، وَيُنْسَبُ فَيُقَالُ رَبَوِيٌّ بِكَسْرِ الرَّاءِ، وَمِنْهُ الْأَشْيَاءُ الرَّبَوِيَّةُ، وَفُتِحَ الرَّاءُ خَطًّا ذَكَرَهُ فِي الْمَغْرِبِ. وَفِي الاصْطِلَاحِ: هُوَ الْفَضْلُ الْخَالِي عَنْ الْعَوَضِ الْمَشْرُوطِ فِي الْبَيْعِ. قَالَ (الرِّبَا مُحَرَّمٌ فِي كُلِّ مَكِيلٍ أَوْ مَوْزُونٍ) أَيُّ حُكْمُ الرِّبَا وَهُوَ حُرْمَةُ الْفَضْلِ وَالنِّسْبَةِ جَارٍ فِي كُلِّ مَا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ إِذَا بَاعَ بِمَكِيلٍ أَوْ مَوْزُونٍ مِنْ جَنْسِهِ (فَالْعِلَّةُ) أَيُّ لَوْجُوبِ الْمُمَاتِلَةِ هُوَ (الْكَيْلُ مَعَ الْجَنْسِ أَوْ الْوَزْنُ مَعَ الْجَنْسِ) قَالَ الْمُصَنِّفُ (وَيُقَالُ الْقَدْرُ مَعَ الْجَنْسِ وَهُوَ أَشْمَلُ) لِأَنَّهُ يَتَنَاوَلُهُمَا وَلَيْسَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِإِفْرَادِهِ يَتَنَاوَلُ الْآخَرَ.

(وَالْأَصْلُ فِيهِ الْحَدِيثُ الْمَشْهُورُ) الَّذِي تَلَقَّتهُ الْعُلَمَاءُ بِالْقَبُولِ (وَهُوَ قَوْلُهُ: ﷺ «الْحِنْطَةُ بِالْحِنْطَةِ مَثَلًا بِمِثْلِ يَدَا بَيْدٍ وَالْفَضْلُ رَبًّا» وَعَدَّ الْأَشْيَاءَ السِّتَةَ الْحِنْطَةَ وَالشَّعِيرَ وَالتَّمْرَ وَالْمِلْحَ وَالذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ عَلَى هَذَا الْمَثَالِ) وَمَدَارُهُ عَلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ وَعُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ وَأَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ وَمَعَاوِيَةَ بْنِ أَبِي سُفْيَانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ.

وَرُويَ بِرَوَاتَيْنِ بِالرَّفْعِ "مِثْلٌ بِمِثْلِ" وَبِالنَّصْبِ "مَثَلًا بِمِثْلِ" وَمَعْنَى الْأَوَّلِ بَيْعُ الْحِنْطَةِ حُذِفَ الْمُضَافُ وَأُقِيمَ الْمُضَافُ إِلَيْهِ مَقَامَهُ وَأُعْرِبَ بِإِعْرَابِهِ وَمِثْلُ خَبْرِهِ، وَمَعْنَى الثَّانِي يَبْعُوا التَّمْرَ مَثَلًا بِمِثْلِ، وَالْمُرَادُ بِالْمُمَاتِلَةِ الْمُمَاتِلَةُ مِنْ حَيْثُ الْكَيْلُ بِدَلِيلِ مَا رُويَ "كَيْلًا بِكَيْلٍ" وَكَذَلِكَ فِي الْمَوْزُونِ "وَزْنًا بِوَزْنٍ" فَيَكُونُ الْمُرَادُ بِهِ مَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْكَيْلِ وَالْوَزْنِ لَا مَا يَنْطَلِقُ عَلَيْهِ اسْمُ الْحِنْطَةِ، فَإِنَّ بَيْعَ حَبَّةٍ مِنْ حِنْطَةٍ بِحَبَّةٍ مِنْهَا لَا يَجُوزُ لِعَدَمِ التَّقْوِيمِ مَعَ صِدْقِ الْأَسْمِ عَلَيْهِ، وَيَخْرُجُ مِنْهُ الْمُمَاتِلَةُ مِنْ حَيْثُ الْجَوْدَةُ وَالرِّدَاءَةُ بِدَلِيلِ حَدِيثِ عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ «جَيِّدُهَا وَرَدِيئُهَا سَوَاءٌ»، وَكَلَامُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ يُفَسِّرُ بَعْضُهُ بَعْضًا.

فَإِنْ قِيلَ: تَقْدِيرُ يَبْعُوا يُوجِبُ الْبَيْعَ وَهُوَ مُبَاحٌ. أَجِيبُ بِأَنَّ الْوُجُوبَ مَصْرُوفٌ إِلَى الصِّفَةِ كَقَوْلِكَ مِتُّ وَأَنْتَ شَهِيدٌ، وَلَيْسَ الْمُرَادُ الْأَمْرُ بِالْمَوْتِ وَلَكِنْ بِالْكُونِ عَلَى صِفَةِ الشُّهْدَاءِ إِذَا مَاتَ، وَكَذَلِكَ الْمُرَادُ الْأَمْرُ بِكَوْنِ الْبَيْعِ عَلَى صِفَةِ الْمُمَاتِلَةِ (قَوْلُهُ: يَدُ بَيْدٍ) الْمُرَادُ بِهِ عِنْدَنَا عَيْنٌ بَعِينٌ. وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ قَبْضٌ بِقَبْضٍ (قَوْلُهُ: وَالْفَضْلُ رَبًّا) الْفَضْلُ مَنْ حَيْثُ الْكَيْلُ حَرَامٌ عِنْدَنَا وَعِنْدَهُ فَضْلٌ ذَاتِ أَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ حَرَامٌ (وَالْحُكْمُ مَعْلُولٌ

بِاجْتِمَاعِ الْقَائِسِينَ) اخْتِرَارًا عَنْ قَوْلِ دَاوُدَ مِنَ الْمُتَأَخِّرِينَ وَعُثْمَانَ الْبُتِّيَّ مِنَ الْمُتَقَدِّمِينَ إِنَّ الْحُكْمَ مَقْصُورٌ عَلَى الْأَشْيَاءِ السَّتَةِ، وَالنَّصُّ غَيْرُ مَعْلُولٍ (لَكِنَّ الْعِلَّةَ عِنْدَنَا مَا ذَكَرْنَا) مِنَ الْقَدْرِ وَالْجِنْسِ (وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ الطَّعْمُ فِي الْمَطْعُومَاتِ وَالثَّمْنِيَّةُ فِي الْأَثْمَانِ وَالْجِنْسِيَّةُ شَرْطٌ) لَعَمَلِ الْعِلَّةِ عَمَلَهَا حَتَّى لَا تَعْمَلَ الْعِلَّةُ الْمَذْكُورَةُ عِنْدَهُ إِلَّا عِنْدَ وُجُودِ الْجِنْسِيَّةِ، وَحِينَئِذٍ لَا يَكُونُ لَهَا أَثَرٌ فِي تَحْرِيمِ النِّسَاءِ، فَلَوْ أَسْلَمَ هَرَوِيًّا فِي هَرَوِيٍّ جَارَ عِنْدَهُ وَعِنْدَنَا لَمْ يَجْزُ لَوْجُودِ أَحَدٍ وَصَفِي الْعِلَّةِ، وَسَيَّأَتِي (وَالْمَسَاوَاةُ مُخْلَصٌ) يُتَخَلَّصُ بِهَا عَنْ الْحَرْمَةِ لِأَنَّهُ: أَيُّ الشَّارِعِ نَصَّ عَلَى شَرْطَيْنِ التَّقَابُضِ وَالْمِثَالَةِ لِأَنَّهُ قَالَ «يَدَا يَدٌ مِثْلًا بِمِثْلِ» مَنْصُوبَانِ عَلَى الْحَالِ وَالْأَحْوَالِ شُرُوطٌ، هَذَا فِي رَوَايَةِ النَّصْبِ، وَفِي رَوَايَةِ الرَّفْعِ يُقَالُ مَعْنَاهُ عَلَى النَّصْبِ إِلَّا أَنَّهُ عَدَلَ إِلَى الرَّفْعِ لِلدَّلَالَةِ عَلَى الثَّبُوتِ.

(وَكُلُّ ذَلِكَ) أَيُّ كُلِّ مِنَ الشَّرْطَيْنِ (يُشْعَرُ بِالْعِزَّةِ وَالْخَطَرِ كَالشَّهَادَةِ فِي النِّكَاحِ) فَإِذَا كَانَ عَزِيزًا خَطِيرًا (يُعْلَلُ بِعِلَّةٍ مُنَاسِبٍ إِظْهَارِ الْخَطَرِ وَالْعِزَّةِ وَهُوَ الطَّعْمُ) فِي الْمَطْعُومَاتِ (لِبَقَاءِ الْإِنْسَانِ بِهِ، وَالثَّمْنِيَّةُ فِي الْأَثْمَانِ لِبَقَاءِ الْأَمْوَالِ الَّتِي هِيَ مَنَاطُ الْمَصَالِحِ بِهَا وَلَا أَثَرَ لِلْجِنْسِيَّةِ فِي ذَلِكَ) أَيُّ فِي إِظْهَارِ الْخَطَرِ وَالْعِزَّةِ (فَجَعَلْنَاهُ شَرْطًا) وَالْحَاصِلُ أَنَّ الْعِلَّةَ إِنَّمَا تُعْرَفُ بِالتَّأْنِيهِ، وَلِلطَّعْمِ وَالثَّمْنِيَّةِ أَثَرٌ كَمَا ذَكَرْنَاهُ، وَلَيْسَ لِلْجِنْسِيَّةِ أَثَرٌ، لَكِنَّ الْعِلَّةَ لَا تَكْمُلُ إِلَّا عِنْدَ وُجُودِ الْجِنْسِ فَكَانَ شَرْطًا لِأَنَّ الْحُكْمَ يَدُورُ مَعَ الشَّرْطِ وَجُودًا عِنْدَهُ وَلَا وَجُوبًا بِهِ.

(وَلَنَا أَنَّ الْحَدِيثَ أَوْجَبَ الْمِثَالَةَ شَرْطًا فِي الْبَيْعِ) بِقَوْلِهِ مِثْلًا بِمِثْلِ لَمَّا مَرَّ أَنَّهُ حَالٌ بِمَعْنَى مِمَّاثِلًا، وَالْأَحْوَالُ شُرُوطٌ (و) وَجُوبُ الْمِثَالَةِ (هُوَ الْمَقْصُودُ بِسَوْقِ الْحَدِيثِ) لِأَحَدٍ مَعَانِ ثَلَاثَةٍ (لِتَحْقِيقِ مَعْنَى الْبَيْعِ فَإِنَّهُ يُبْنَى عَنْ التَّقَابُلِ) وَهُوَ ظَاهِرٌ لَكُونِهِ مُبَادَلَةً وَالتَّقَابُلُ يَحْصُلُ بِالْمِثَالِ، لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا أَتَقَصَّ مِنَ الْآخَرِ لَمْ يَحْصُلِ التَّقَابُلُ مِنْ كُلِّ وَجْهِ (أَوْ صِيَانَةً لِأَمْوَالِ النَّاسِ عَنْ التَّوَيُّ) لِأَنَّ أَحَدَ الْبَدَلَيْنِ إِذَا كَانَ أَتَقَصَّ مِنَ الْآخَرِ كَانَ التَّبَادُلُ مُضِيْعًا لِفَضْلِ مَا فِيهِ الْفَضْلُ (أَوْ تَثْمِيمًا لِلْفَائِدَةِ بِاتِّصَالِ التَّسْلِيمِ بِهِ) أَيُّ بِالْمِثَالِ: يَعْنِي أَنَّ فِي التَّقَدُّنِ لَكُونَهُمَا لَا يَتَعَيَّنَانِ بِالتَّعْيِينِ شَرْطَتْ الْمِثَالَةَ قَبْضًا بَعْدَ مِثَالَةِ كُلِّ مِنْهُمَا لِلْآخِرِ لِتَثْمِيمِ فَائِدَةِ الْعَقْدِ وَهُوَ ثُبُوتُ الْمَلِكِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ خَارِجٌ عَنِ الْمَقْصُودِ، إِذِ الْمَقْصُودُ بَيَانُ وَجُوبِ الْمِثَالَةِ بَيْنَ الْعَوْضَيْنِ قَدْرًا لَا

بَيَانُ الْمُمَاطِلَةِ مِنْ حَيْثُ الْقَبْضُ. وَالْأَوَّلَى أَنْ يُقَالَ: لَوْ لَمْ يَكُنْ أَحَدُ الْعَوْضَيْنِ مُمَاطِلًا لِلْآخَرِ لَمْ تَتِمَّ الْفَائِدَةُ بِالْقَبْضِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا أَتَقَصُّ يَكُونُ نَفْعًا فِي حَقِّ أَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ وَضَرَرًا فِي حَقِّ الْآخَرِ، وَإِذَا كَانَ مِثْلًا لِلْآخَرِ يَكُونُ نَفْعًا فِي حَقِّهِمَا فَتَكُونُ الْفَائِدَةُ أَتَمَّ بَعْدَ الْقَبْضِ لِكَوْنِهِ نَفْعًا فِي حَقِّهِمَا جَمِيعًا. وَلِقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: هَذِهِ الْأُجُوهُ الثَّلَاثَةُ الْمَذْكُورَةُ لِاشْتِرَاطِ التَّمَاتِلِ مِمَّا يَجِبُ تَحَقُّقُهُ فِي سَائِرِ الْبَيَاعَاتِ لِأَنَّهَا لَا تَنفَكُ عَنِ التَّقَابُلِ وَصِيَانَةِ الْأَمْوَالِ النَّاسِ عَنِ التَّوَيِّ وَتَنْتِمِ الْفَائِدَةُ مِمَّا يَجِبُ فَيَجِبُ التَّمَاتِلُ فِي الْجَمِيعِ لِثَلَا تَتَخَلَفَ الْعِلَةُ عَنِ الْمَعْلُولِ. وَالْجَوَابُ أَنَّ مُوجِبَهَا فِي الرَّبَا هُوَ النَّصُّ، وَالْوُجُوهُ الْمَذْكُورَةُ حَكْمَتُهُ لَا عِلَّتُهُ لِيَتَصَوَّرَ التَّخَلُّفُ.

وَإِذَا ثَبَتَ اشْتِرَاطُ الْمُمَاطِلَةِ لَزِمَ عِنْدَ فَوَاتِهِ حُرْمَةُ الرَّبَا لِأَنَّ الْمَشْرُوطَ يَنْتَفِي عِنْدَ انْتِفَاءِ شَرْطِهِ. وَلِقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: إِنَّمَا تَلَزَمَ حُرْمَةُ الرَّبَا عِنْدَ فَوَاتِ شَرْطِ الْحَلِّ إِنْ لَمْ تُوجَدْ الْوَاسِطَةُ بَيْنَ الْحَلِّ وَالْحُرْمَةِ، وَهُوَ مَمْنُوعٌ لِأَنَّ الْكَرَاهَةَ وَاسِطَةٌ بَيْنَ الْحَلِّ وَالْحُرْمَةِ. وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بِأَنَّ الْمُرَادَ بِالْحُرْمَةِ مَا هُوَ حَرَامٌ لغيرِهِ وَهُوَ بِمَعْنَى الْكَرَاهَةِ، فَعِنْدَ انْتِفَاءِ الْحَلِّ يَثْبُتُ الْحَرَامُ لغيرِهِ وَقَدْ قَرَّرْتَاهُ فِي التَّقْرِيرِ عَلَى وَجْهِ أَتَمَّ فَلْيُطْلَبْ ثَمَّةَ (قَوْلُهُ: وَالْمُمَاطِلَةُ بَيْنَ الشَّيْئَيْنِ) بَيَانُ عَلَيْهِ الْقَدْرِ وَالْجِنْسِ لَوْجُوبِ الْمُمَاطِلَةِ بَيْنَ الشَّيْئَيْنِ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمُمَاطِلَةَ بَيْنَ الشَّيْئَيْنِ (بِاعْتِبَارِ الصُّورَةِ وَالْمَعْنَى) وَهُوَ وَاضِحٌ (وَالْمَعْيَارِ يَسُوَّى الذَّاتِ) أَيِ الصُّورَةِ (وَالْجِنْسِيَّةِ يَسُوَّى الْمَعْنَى) فَإِنَّ كَيْلًا مِنْ بُرٍّ يُسَاوِي كَيْلًا مِنْ دُرٍّ مِنْ حَيْثُ الْقَدْرُ وَالصُّورَةُ لَا مِنْ حَيْثُ الْمَعْنَى، وَكَذَلِكَ قَفِيزُ حِنْطَةٍ يَقْفِيزُ شَعِيرٌ يَتَسَاوَيَانِ صُورَةً لَا مَعْنَى. وَلِقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: قَدْ تَبَيَّنَ أَنَّ الْمُمَاطِلَةَ شَرْطٌ لَجَوَازِ الْبَيْعِ فِي الرُّبُوبِيَّاتِ، وَعَلَّلْتُمُوهَا بِالْقَدْرِ وَالْجِنْسِ فَكَانَ ذَلِكَ تَعْلِيلًا لِإِثْبَاتِ الشَّرْطِ وَذَلِكَ بَاطِلٌ. وَالْجَوَابُ أَنَّ التَّعْلِيلَ لِلشَّرْطِ لَا يَجُوزُ لِإِثْبَاتِهِ ابْتِدَاءً.

وَأَمَّا بِطَرِيقِ التَّعْدِيَةِ مِنْ أَصْلٍ فَيَجُوزُ عِنْدَ جُمْهُورِ الْأَصُولِيِّينَ، وَهُوَ اخْتِيَارُ الْإِمَامِ الْمُحَقِّقِ فَخَرِ الْإِسْلَامِ وَصَاحِبِ الْمِيزَانِ وَمَا نَحْنُ فِيهِ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّ النَّصَّ أَوْجَبَ الْمُمَاطِلَةَ فِي الْأَشْيَاءِ السَّنَةِ شَرْطًا فَاتَّبَعْنَاهُ فِي غَيْرِهَا تَعْدِيَةً فَكَانَ جَائِزًا، فَإِذَا ثَبَتَ وَجُوبُ الْمُمَاطِلَةِ شَرْطًا وَهِيَ بِالْكَيْلِ وَالْجِنْسِ (يُظْهَرُ الْفَضْلُ عَلَى ذَلِكَ، فَيَتَحَقَّقُ الرَّبَا لِأَنَّ الرَّبَا هُوَ الْفَضْلُ الْمُسْتَحَقُّ لِأَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ فِي الْمَعَاوَضَةِ الْخَالِي عَنْ عَوْضٍ شَرْطٍ فِيهِ) أَيِ فِي الْعَقْدِ قَالَ

(وَلَا يُعْتَبَرُ الْوَصْفُ) يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ جَوَابُ سُؤَالٍ تَقْرِيرُهُ أَنَّ الْمُمَاتِلَةَ كَمَا تَكُونُ بِالْقَدْرِ وَالْجِنْسِ تَكُونُ بِالْوَصْفِ.

وَتَقْرِيرُ الْجَوَابِ: وَلَا يُعْتَبَرُ الْوَصْفُ لِأَنَّهُ لَا يُعَدُّ تَفَاوُثًا عُرْفًا، فَإِنْ اسْتَوَتْ الذَّاتَانِ صُورَةً وَمَعْنَى تَسَاوُيًا فِي الْمَالِيَّةِ، وَالْفَضْلُ مِنْ حَيْثُ الْجَوْدَةُ سَاقَطُ الْعِبْرَةِ فِي الْمَكِيلَاتِ لِأَنَّ النَّاسَ لَا يَعُدُّونَ ذَلِكَ إِلَّا مِنْ بَابِ الْيَسِيرِ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ كَذَلِكَ لَمَا تَفَاضَلَا فِي الْقِيَمَةِ فِي الْعُرْفِ (أَوْ لِأَنَّ فِي اعْتِبَارِهِ سَدَّ بَابِ الْبِيَاعَاتِ) لِأَنَّ الْحِنْطَةَ لَا تَكُونُ مِثْلًا لِلْحِنْطَةِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ، وَالْمُرَادُ الْبِيَاعَاتُ فِي الرُّبُوبِيَّاتِ لَا مُطْلَقُ الْبِيَاعَاتِ؛ لِأَنَّ فِي اعْتِبَارِ الْجَوْدَةِ فِي الرُّبُوبِيَّاتِ لَيْسَ سَدَّ بَابِ مُطْلَقِ الْبِيَاعَاتِ أَوْ لِقَوْلِهِ ﷺ «جَيِّدُهَا وَرَدِيئُهَا سَوَاءٌ» قَالَ (وَالطَّعْمُ وَالثَّمِينَةُ) جَوَابٌ عَنْ جَعْلِهِ الطَّعْمُ وَالثَّمِينَةُ عِلَّةً لِلْحُرْمَةِ، وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ ذَلِكَ فَاسِدٌ؛ لِأَنَّهُمَا يَفْتَضِيَانِ خِلَافَ مَا أُضِيفَ إِلَيْهِمَا؛ لِأَنَّهُمَا لَمَّا كَانَا مِنْ أَعْظَمِ وَجْهِهِ الْمَنَافِعِ كَانَ السَّبِيلُ فِيهِ الْإِطْلَاقُ لَشِدَّةِ الْحَاجَةِ دُونَ التَّضْيِيقِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الْحَاجَةَ إِذَا اشْتَدَّتْ أَثَرَتْ فِي إِبَاحَةِ الْحَرَامِ حَالَةَ الْاضْطِرَّارِ فَكَيْفَ تُؤَثِّرُ حُرْمَةُ الْمُبَاحِ، بَلِ سُنَّةُ اللَّهِ جَرَتْ فِي التَّوَسُّعِ فِيمَا كَثُرَ إِلَيْهِ الْاِحْتِيَاجُ كَالْهَوَاءِ وَالْمَاءِ وَعَلَفِ الدَّوَابِّ وَغَيْرِ ذَلِكَ، وَعَلَى هَذَا فَلَا أَصْلَ فِي هَذِهِ الْأَمْوَالِ جَوَازُ الْبَيْعِ بِشَرْطِ الْمُسَاوَاةِ وَالْفَسَادِ لَوْجُودِ الْمُفْسِدِ، فَلَا تَكُونُ الْمُسَاوَاةُ مُخْلَصًا عَنْ الْحُرْمَةِ.

إِذَا ثَبَتَ هَذَا نَقُولُ إِذَا: بَيْعُ الْمَكِيلِ أَوْ الْمَوْزُونِ بِجِنْسِهِ مِثْلًا بِمِثْلٍ جَازَ الْبَيْعُ فِيهِ لَوْجُوبِ شَرْطِ الْجَوَازِ، وَهُوَ الْمُمَاتِلَةُ فِي الْمَعْيَارِ؛ أَلَا تَرَى إِلَى مَا يُرَوَى مَكَانَ قَوْلِهِ، مِثْلًا بِمِثْلٍ كَيْلًا بِكَيْلٍ، وَفِي الذَّهَبِ بِالذَّهَبِ وَزَنًا بِوزنٍ (وَإِنْ تَفَاضَلَا لَمْ يَجُزْ) لِتَحَقُّقِ الرُّبَا وَلَا يَجُوزُ (بَيْعُ الْجَيِّدِ بِالرَّدِيِّءِ مِمَّا فِيهِ الرُّبَا إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ) لِإِهْدَارِ التَّفَاوُثِ فِي الْوَصْفِ (وَيَجُوزُ بَيْعُ الْحَفْنَةِ بِالْحَفْنَتَيْنِ وَالتَّفَاحَةِ بِالتَّفَاحَتَيْنِ) لِأَنَّ الْمُسَاوَاةَ بِالْمَعْيَارِ وَلَمْ يُوجَدْ فَلَمْ يَتَحَقَّقِ الْفَضْلُ.

وَلِهَذَا كَانَ مَضْمُونًا بِالْقِيَمَةِ عِنْدَ الْإِتْلَافِ. وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ الْعِلَّةُ هِيَ الطَّعْمُ وَلَا مُخْلَصٌ وَهُوَ الْمُسَاوَاةُ فَيَحْرُمُ، وَمَا دُونَ نِصْفِ الصَّاعِ فَهُوَ فِي حُكْمِ الْحَفْنَةِ لِأَنَّهُ لَا تَقْيِيرَ فِي الشَّرْعِ بِمَا دُونَهُ، وَلَوْ تَبَايَعَا مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونًا غَيْرَ مَطْعُومٍ بِجِنْسِهِ مُتَفَاضِلًا كَالْجِصِّ وَالْحَدِيدِ لَا يَجُوزُ عِنْدَنَا لَوْجُودِ الْقَدْرِ وَالْجِنْسِ. وَعِنْدَهُ يَجُوزُ لِعَدَمِ الطَّعْمِ وَالثَّمِينَةِ.

الشرح:

(وَإِذَا ثَبَتَ مَا ذَكَرْنَا مِنْ تَقْرِيرِ الْأَصْلِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ نَقُولُ: إِذَا بَاعَ الْمَكِيلُ أَوْ الْمَوْزُونُ بِجِنْسِهِ مَثَلًا بِمِثْلِ) أَيُّ كَيْلًا بِكَيْلٍ أَوْ وَزَنًا بِوَزْنٍ (جَارَ الْبَيْعِ) لَوْجُودِ الْمُقْتَضِي وَهُوَ الْمُبَادَلَةُ الْمَعْهُودَةُ فِي الْعُقُودِ مَعَ وُجُودِ شَرْطِهِ وَهُوَ الْمُمَاثَلَةُ فِي الْمِيعَارِ كَمَا وَرَدَ فِي الْمَرْوِيِّ، وَإِنْ تَفَاضَلَ لَمْ يَجْزُ لِتَحَقُّقِ الرِّبَا بَانْتِفَاءِ الشَّرْطِ، وَالْجَوْدَةُ سَاقِطَةٌ فَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْجَيِّدِ بِالرَّدِيِّ إِلَّا مُتَمَاثِلًا. قَالَ (وَيَجُوزُ بَيْعُ الْحَفَنَةِ بِالْحَفْنَتَيْنِ) أَيُّ وَمِمَّا يَتَرْتَّبُ عَلَى الْأَصْلِ الْمَذْكُورِ جَوَازُ بَيْعِ الْحَفَنَةِ بِالْحَفْنَتَيْنِ وَالتُّفَاحَةِ بِالتُّفَاحَتَيْنِ؛ لِأَنَّ عَدَمَ الْجَوَازِ بِتَحَقُّقِ الْفَضْلِ وَتَحَقُّقِ الْفَضْلِ يَظْهَرُ بِعَدَمِ وُجُودِ الْمُسَاوَةِ وَالْمُسَاوَةِ بِالْكَيْلِ، وَلَا كَيْلَ فِي الْحَفَنَةِ وَالْحَفْنَتَيْنِ فَتَنْتَفِي الْمُمَاثَلَةُ فَيَنْتَفِي تَحَقُّقُ الْفَضْلِ، وَاسْتَوْضَحَ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ (وَلِهَذَا) أَيُّ وَلِأَنَّ الْحَفَنَةَ وَالْحَفْنَتَيْنِ لَمْ تَدْخُلْ تَحْتَ الْمِيعَارِ الشَّرْعِيِّ وَلِهَذَا (كَانَ مَضْمُونًا بِالْقِيَمَةِ عِنْدَ الْإِثْلَافِ) لَا مِثْلَهَا، فَلَوْ بَقِيَتْ مَكِيلَةً أَوْ مَوْزُونَةً لَوَجَبَ مِثْلُهَا فَإِنَّ الْمَكِيلَاتِ وَالْمَوْزُونَاتِ كُلَّهَا مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ دُونَ الْقِيَمِ، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ عِلَّةَ الْحَرَمَةِ وَهُوَ الطَّعْمُ وَقَدْ وَجِدَتْ وَالْمُخْلَصُ الْمُسَاوَةِ لَمْ تُوجَدْ، وَعَلَى هَذَا لَا يَجُوزُ عِنْدَهُ بَيْعُ حَفَنَةٍ بِحَفْنَةٍ وَتُّفَاحَةٍ بِتُّفَاحَةٍ لَوْجُودِ الطَّعْمِ وَعَدَمِ الْمُسَوِي، وَمَا دُونَ نَصْفِ صَاعٍ فَهُوَ فِي حُكْمِ الْحَفَنَةِ؛ فَلَوْ بَاعَ خُمْسَ حَفَنَاتٍ مِنْ الْحِنْطَةِ بِسِتِّ حَفَنَاتٍ مِنْهَا وَهُمَا لَمْ يَبْلُغَا حَدَّ نَصْفِ الصَّاعِ جَارَ الْبَيْعِ عِنْدَنَا؛ لِأَنَّهُ لَا تَقْدِيرَ فِي الشَّرْعِ بِمَا دُونُهُ. وَأَمَّا إِذَا كَانَ أَحَدُ الْبَدَلَيْنِ بَلَغَ حَدَّ نَصْفِ الصَّاعِ وَالْآخَرُ لَمْ يَبْلُغْ فَلَا يَجُوزُ كَذَا فِي الْمَبْسُوطِ، وَمِنْ ذَلِكَ مَا (إِذَا تَبَايَعَا مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونًا غَيْرَ مَطْعُومٍ بِجِنْسِهِ مُتَفَاضِلًا كَالْجَلِصِّ وَالْحَدِيدِ) فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ عِنْدَنَا لَوْجُودِ الْقَدْرِ وَالْجِنْسِ، وَعِنْدَهُ يَجُوزُ لِعَدَمِ الطَّعْمِ وَالثَّمَنَِّةِ.

قَالَ (وَإِذَا عُدِمَ الْوَصْفَانِ الْجِنْسُ وَالْمَعْنَى الْمَضْمُونُ إِلَيْهِ حَلُّ التُّفَاضُلِ وَالنِّسَاءِ) لِعَدَمِ الْعِلَةِ الْمُحَرَّمَةِ وَالْأَصْلُ فِيهِ الْإِبَاحَةُ. وَإِذَا وَجِدَا. حَرَّمَ التُّفَاضُلُ وَالنِّسَاءُ لَوْجُودِ الْعِلَةِ. وَإِذَا وَجِدَ أَحَدُهُمَا وَعُدِمَ الْآخَرُ حَلُّ التُّفَاضُلِ وَحَرَّمَ النِّسَاءُ مِثْلَ أَنْ يُسَلَّمَ هَرَوِيًّا فِي هَرَوِيٍّ أَوْ حِنْطَةً فِي شَعِيرٍ، فَحَرَمَتُهُ رَبًّا الْفَضْلَ بِالْوَصْفَيْنِ وَحَرَمَتُهُ النِّسَاءَ بِأَحَدِهِمَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: الْجِنْسُ بِإِفْرَادِهِ لَا يُحَرِّمُ النِّسَاءَ لِأَنَّ النَّقْدِيَّةَ وَعَدَمَهَا لَا يَثْبُتُ إِلَّا شُبْهَةُ الْفَضْلِ،

وَحَقِيقَةُ الْفَضْلِ غَيْرُ مَانِعٍ فِيهِ حَتَّى يَجُوزَ بَيْعُ الْوَاحِدِ بِالْاِثْنَيْنِ فَالشُّبْهَةُ أُولَى. وَلَنَا أَنَّهُ مَالُ الرَّبَا مِنْ وَجْهِ قَطَرًا إِلَى الْقَدْرِ أَوْ الْجِنْسِ وَالتَّقْدِيرُ أَوْجَبَتْ فَضْلًا فِي الْمَالِيَّةِ فَتَحَقَّقَ شُبْهَةُ الرَّبَا وَهِيَ مَانِعَةٌ كَالْحَقِيقَةِ، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا أَسْلَمَ النُّقُودُ فِي الزُّعْفَرَانِ وَنَحْوِهِ يَجُوزُ، وَإِنْ جَمَعَهُمَا الْوِزْنُ لَأَنَّهُمَا لَا يَتَّفِقَانِ فِي صِفَةِ الْوِزْنِ، فَإِنَّ الزُّعْفَرَانَ يُوزَنُ بِالْأَمْنَاءِ وَهُوَ مَثْمُنٌ يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ، وَالنُّقُودُ تُوزَنُ بِالسَّنَجَاتِ وَهُوَ ثَمَنٌ لَا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ. وَلَوْ بَاعَ بِالنُّقُودِ مُوَازَنَةً وَقَبْضَهَا صَحَّ التَّصَرُّفُ فِيهَا قَبْلَ الْوِزْنِ، وَفِي الزُّعْفَرَانِ وَأَشْبَاهِهِ لَا يَجُوزُ، فَإِذَا اخْتَلَفَا فِيهِ صُورَةٌ وَمَعْنَى وَحُكْمًا لَمْ يَجْمَعُهُمَا الْقَدَرُ مِنْ كُلِّ وَجْهِ فَتَنْزِلُ الشُّبْهَةُ فِيهِ إِلَى شُبْهَةِ الشُّبْهَةِ وَهِيَ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ.

الشرح:

قال: (فَإِذَا عَدِمَ الْوَصْفَانِ) إِذَا ثَبَتَ أَنَّ عِلَّةَ الْحُرْمَةِ شَيْئَانِ، فَمَا أَنْ يُوجَدَا أَوْ يَعْذَمَا أَوْ يُوجَدَ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ، فَالْأَوَّلُ مَا تَقَدَّمَ، وَالثَّانِي يَظْهَرُ عِنْدَهُ حُلُّ التَّفَاضُلِ وَالنِّسَاءِ لِعَدَمِ الْعِلَّةِ الْمُحَرِّمَةِ، وَتَحْقِيقُهُ مَا أَشَارَ إِلَيْهِ بِقَوْلِهِ (وَالْأَصْلُ فِيهِ الْإِبَاحَةُ) يَعْنِي إِذَا كَانَتْ أَصْلًا وَقَدْ تَرَكْتَ لَوْجُودِ الْعِلَّةِ الَّتِي هِيَ الْقَدَرُ، وَالْجِنْسُ يَظْهَرُ عِنْدَ عَدَمِهِمَا لَا أَنَّ الْعَدَمَ يُثَبِّتُ شَيْئًا، فَإِذَا وَجَدَ أَحَدُهُمَا وَعَدِمَ الْآخَرُ حُلُّ التَّفَاضُلِ وَحَرَمُ النِّسَاءِ (مِثْلُ أَنْ يُسَلَّمَ هَرَوِيًّا فِي هَرَوِيٍّ أَوْ حِنْطَةً فِي شَعِيرٍ، فَحُرْمَةُ الْفَضْلِ بِالْوَصْفَيْنِ وَحُرْمَةُ النِّسَاءِ بِأَحَدِهِمَا) حَتَّى لَوْ بَاعَ عَبْدًا بَعْدَ إِلَى أَجَلٍ لَا يَجُوزُ لَوْجُودِ الْجِنْسِيَّةِ وَعِنْدَهُ يَجُوزُ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: الْجِنْسُ بِإِنْفِرَادِهِ لَا يُحَرِّمُ النِّسَاءَ؛ لِأَنَّ التَّقْدِيرَ وَعَدَمَهَا لَا يَثْبُتُ إِلَّا شُبْهَةُ الْفَضْلِ) بِالِاتِّفَاقِ (وَحَقِيقَةُ الْفَضْلِ غَيْرُ مَانِعٍ) مِنَ الْجَوَازِ فِي الْجِنْسِ حَتَّى جَازَ بَيْعُ الْهَرَوِيِّ بِالْهَرَوِيِّينَ وَالْعَبْدَ بِالْعَبْدَيْنِ (فَالشُّبْهَةُ أُولَى) قِيلَ لَيْسَ فِي تَخْصِيصِ الْجِنْسِ بِالذِّكْرِ فِي عَدَمِ تَحْرِيمِ النِّسَاءِ زِيَادَةٌ فَائِدَةٌ.

فَإِنَّ الْقَدَرَ عِنْدَهُ كَذَلِكَ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ إِسْلَامُ الْمَوْزُونَاتِ فِي الْمَوْزُونَاتِ كَالْحَدِيدِ وَالرُّصَاصِ. وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ: إِنَّمَا خَصَّصَ بِالذِّكْرِ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ وَهُوَ حُرْمَةُ النِّسَاءِ إِنَّمَا لَمْ يَوْجَدَ عِنْدَهُ فِي صُورَةِ الْجِنْسِ، وَأَمَّا فِي صُورَةِ الْقَدْرِ فَقَدْ يَوْجَدُ، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُ الذَّهَبِ بِالْفِضَّةِ نَسِيئَةً وَكَذَا بَيْعُ الْحِنْطَةِ بِالشَّعِيرِ، وَإِنْ كَانَ عِلَّةُ ذَلِكَ عِنْدَهُ غَيْرَ الْقَدْرِ وَهُوَ أَنَّ التَّفَاضُلَ شَرْطٌ فِي الصَّرْفِ وَبَيْعِ الطَّعَامِ عِنْدَهُ. وَلَنَا مَا قَالَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ

مِنْ أَنَّهُ مَالُ الرَّبِّاءِ مِنْ وَجْهِ وَتَحْقِيقُهُ مَا ثَبَتَ أَنَّ فِي بَابِ الرَّبِّاءِ حَقِيقَةً وَشُبْهَةً لَا نِزَاعَ فِي ذَلِكَ، وَالشُّبْهَةُ إِذَا انْفَرَدَتْ عَنِ الْحَقِيقَةِ تَحْتَاجُ إِلَى مَحَلٍّ وَعِلَّةٍ كَالْحَقِيقَةِ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَحَلُّهَا وَعِلَّتُهَا مَحَلُّ الْحَقِيقَةِ وَعِلَّتُهَا، وَإِلَّا لَكَانَتْ حَقِيقَةً أَوْ مُقَارِنَةً لَهَا وَهُوَ خِلَافُ الْفَرَضِ فَلَا بُدَّ مِنْ شُبْهَةٍ مَحَلٍّ وَشُبْهَةٍ عِلَّةٍ، وَمَا يَجْرِي فِيهِ الرَّبِّاءُ النَّسِيبَةُ مَالُ الرَّبِّاءِ مِنْ وَجْهِ نَظَرًا إِلَى أَنَّ الْقَدَرَ يَجْمَعُهُمَا كَمَا فِي الْحِنْطَةِ مَعَ الشَّعِيرِ أَوْ الْجَنْسِ كَالْهَرَوِيِّ مَعَ الْهَرَوِيِّ إِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا نَقْدًا وَالْآخَرُ نَسِيبَةً وَكُلُّ عِلَّةٍ ذَاتُ وَصْفَيْنِ مُؤَثِّرَيْنِ لَا يَتِمُّ نَصَابُ الْعِلَّةِ إِلَّا بِهِمَا فَلِكُلِّ مِنْهُمَا شُبْهَةُ الْعِلَّةِ وَشُبْهَةُ الْعِلَّةِ تُثَبِّتُ بِهَا شُبْهَةُ الْحُكْمِ وَالتَّقْدِيرِ أَوْجَبَتْ فَضْلًا فِي الْمَالِيَّةِ، فَتَحَقَّقُ شُبْهَةُ الرَّبِّاءِ فِي مَحَلٍّ صَالِحٍ بِعِلَّةٍ صَالِحَةٍ لَهَا وَشُبْهَةُ الرَّبِّاءِ مَانِعَةٌ كَالْحَقِيقَةِ، وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا مَا قِيلَ إِنَّ كَوْنَهُ مِنْ مَالِ الرَّبِّاءِ مِنْ وَجْهِ شُبْهَةٍ وَكَوْنُ التَّقْدِيرِ أَوْجَبَتْ فَضْلًا شُبْهَةً فَصَارَ شُبْهَةُ الشُّبْهَةِ، وَالشُّبْهَةُ هِيَ الْمُعْتَبَرَةُ دُونَ النَّازِلِ عَنْهَا. وَالثَّانِي أَنَّ كَوْنَ شُبْهَةِ الرَّبِّاءِ كَالْحَقِيقَةِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مُطْلَقًا أَوْ فِي مَحَلِّ الْحَقِيقَةِ، وَالْأَوَّلُ مَمْنُوعٌ وَالثَّانِي مُسَلَّمٌ، لَكِنَّهَا كَانَتْ جَائِزَةً فِيمَا نَحْنُ فِيهِ فَيَجِبُ أَنْ تَكُونَ الشُّبْهَةُ كَذَلِكَ.

وَالْجَوَابُ عَنِ الْأَوَّلِ أَنَّ الشُّبْهَةَ الْأُولَى فِي الْمَحَلِّ وَالثَّانِيَةَ فِي الْحُكْمِ. وَثَمَّةَ شُبْهَةٌ أُخْرَى وَهِيَ الَّتِي فِي الْعِلَّةِ وَشُبْهَةُ الْعِلَّةِ وَالْمَحَلِّ تُثَبِّتُ بِهَا شُبْهَةُ الْحُكْمِ لَا شُبْهَةُ الشُّبْهَةِ. وَعَنِ الثَّانِي أَنَّ الْقِسْمَةَ غَيْرُ حَاصِرَةٍ بَلِ الشُّبْهَةُ مَانِعَةٌ فِي مَحَلِّ الشُّبْهَةِ وَهُوَ مَا ذَكَرْنَا، كَمَا أَنَّ الْحَقِيقَةَ مَانِعَةٌ فِي مَحَلِّهَا إِذَا وَجَدَتْ الْعِلَّةَ بِكَمَالِهَا. فَإِنْ قِيلَ: مَا بَالُ الْمُصَنِّفِ رَحِمَهُ اللَّهُ لَمْ يَسْتَدِلَّ لِلْجَانِبَيْنِ بِالْأَحَادِيثِ الَّتِي تَدُلُّ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، كَمَا اسْتَدَلَّ بَعْضُ الشَّارِحِينَ بِمَا رُوِيَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو بْنِ الْعَاصِ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَهَزَ جَيْشًا فَأَمَرَنِي أَنْ أَشْتَرِيَ بَعِيرًا يَبْعِرُنِي إِلَى أَجَلٍ» لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَبِمَا رَوَى أَبُو دَاوُدَ فِي السُّنَنِ عَنْ النَّبِيِّ ﷺ «نَهَى عَنِ بَيْعِ الْحَيَوَانِ بِالْحَيَوَانِ نَسِيبَةً» لَنَا.

فَالْجَوَابُ أَنَّ جَهَالََةَ التَّارِيخِ وَتَطَرُّقَ الْإِحْتِمَالَاتِ لِلتَّأْوِيلِ مَنَعَاهُ عَنْ ذَلِكَ. فَإِنْ قِيلَ: إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ عَلَى حُرْمَةِ النِّسَاءِ فَكَانَ الاسْتِدْلَالُ بِهِ أَوَّلَى مِنَ الْمَذْكُورِ فِي الْكِتَابِ. فَالْجَوَابُ أَنَّ الْخَصْمَ إِنْ سَلَّمَ الْإِجْمَاعَ فَلَهُ أَنْ يَقُولَ إِنَّهُمْ أَجْمَعُوا عَلَى النِّسَاءِ فِي كَمَالِ الْعِلَّةِ لَا فِي شُبْهَتِهَا. وَقَوْلُهُ: (إِلَّا أَنَّهُ إِذَا أُسْلِمَ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ فَإِذَا وَجِدَ

أَحَدُهُمَا وَعَدِمَ الْآخَرُ حَلَّ التَّفَاضُلِ وَحَرَمَ التَّسَاءُ فَإِنَّ ذَلِكَ يَتَضَيَّ عَدَمَ إِسْلَامِ التَّقْوَدِ فِي الزُّعْفَرَانِ لَوْجُودِ الْوَزْنِ كِإِسْلَامِ الْحَدِيدِ فِي الصُّفْرِ فَاسْتُنِّيَ الزُّعْفَرَانُ وَنَحْوُهُ كَالْقُطْنِ وَالْحَدِيدِ؛ لِأَنَّهُ وَإِنْ جَمَعَهُمَا الْوَزْنُ لَكِنَّهُمَا يَخْتَلِفَانِ فِي صِفَةِ الْوَزْنِ وَمَعْنَاهُ وَحُكْمِهِ. أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَأَنَّ الزُّعْفَرَانُ يُوزَنُ بِالْأَمْنَاءِ وَالتَّقْوَدُ بِالصَّنَجَاتِ وَهِيَ مُعَرَّبَةٌ سَنَكُ تَرَزُونِ.

وَيُقَالُ عَنِ الْفَرَّاءِ أَنَّ السَّيْنَ أَفْصَحُ، وَيُقَالُ عَنْ ابْنِ السَّكَيْتِ الصَّنَجَاتُ وَلَا يُقَالُ بِالسَّيْنِ. وَأَمَّا الثَّانِي فَلَأَنَّ الزُّعْفَرَانُ مُثَمَّنٌ يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ وَالتَّقْوَدُ ثَمَنٌ لَا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ. وَأَمَّا الثَّلَاثُ فَلَأَنَّهُ لَوْ بَاعَ بِالتَّقْوَدِ مُوَازَنَةً بَأَن يَقُولُ اشْتَرَيْتَ هَذَا الزُّعْفَرَانُ بِهَذَا التَّقْدِ الْمُشَارِ إِلَيْهِ عَلَى أَنَّهُ عَشْرَةُ دَنَائِرٍ مَثَلًا فَقَبِضْهُ الْبَائِعُ صَحَّ التَّصَرُّفُ فِيهِ قَبْلَ الْوَزْنِ. وَلَوْ بَاعَ الزُّعْفَرَانُ بِشَرْطِ أَنَّهُ مَتَوَانَ مَثَلًا وَقَبْلَهُ الْمُشْتَرِي لَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيهِ حَتَّى يُعِيدَ الْوَزْنَ (وَإِذَا اخْتَلَفَا فِي الْوَزْنِ صُورَةً وَمَعْنَى وَحُكْمًا لَمْ يَجْمَعْهُمَا الْقَدْرُ مِنْ كُلِّ وَجْهِ فَتَنْزِلُ الشُّبْهَةُ فِيهِ إِلَى شُبْهَةِ الشُّبْهَةِ) فَإِنَّ الْمَوْزُونَيْنِ إِذَا اتَّفَقَا فَاَلْتَمَعَ لِلشُّبْهَةِ، فَإِذَا لَمْ يَتَّفَقَا كَانَ ذَلِكَ لِشُبْهَةِ الْوَزْنِ وَالْوَزْنُ وَحْدَهُ شُبْهَةٌ فَكَانَ ذَلِكَ شُبْهَةَ الشُّبْهَةِ (وَهِيَ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ) لَا يُقَالُ: لَمْ يَخْرُجَا بِذَلِكَ عَنْ كَوْنِهِمَا مَوْزُونَيْنِ فَقَدْ جَمَعَهُمَا الْوَزْنُ؛ لِأَنَّ انْطِلَاقَ الْوَزْنِ عَلَيْهِمَا حِينَئِذٍ لِلِاشْتِرَاكِ اللَّفْظِيِّ لَيْسَ إِلَّا، وَهُوَ لَا يُفِيدُ الْإِتِّحَادَ بَيْنَهُمَا فَصَارَ كَأَنَّ الْوَزْنَ لَمْ يَجْمَعْهُمَا حَقِيقَةً. وَفِي عِبَارَةِ الْمُصَنِّفِ رَحِمَهُ اللَّهُ تَسَامُحٌ، فَإِنَّهُ قَالَ: فَإِذَا اخْتَلَفَا صُورَةً وَلَمْ يَخْتَلَفَا صُورَةً، وَلِهَذَا قَالَ شَمْسُ الْأَيْمَةِ: بَلْ نَقُولُ اتَّفَاقُهُمَا فِي الْوَزْنِ صُورَةً لَا مَعْنَى وَحُكْمًا، إِلَّا إِذَا حُمِلَ قَوْلُهُ:

صُورَةً عَلَى أَنَّ مَعْنَاهُ صِفَةً كَمَا قَالَ فِي أَوَّلِ التَّعْلِيلِ فِي صِفَةِ الْوَزْنِ فَذَلِكَ اعْتِبَارٌ زَائِدٌ عَلَى مَا ذَكَرَهُ شَمْسُ الْأَيْمَةِ. وَقَالَ الْعِرَاقِيُّونَ فِي وَجْهِ ذَلِكَ: إِنَّمَا جَازَ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ رَخَّصَ فِي السَّلَمِ وَالْأَصْلُ فِي رَأْسِ الْمَالِ هُوَ التَّقْوَدُ، فَلَوْ لَمْ يُجَوِّزْ لَوْجُودَ أَحَدِ الْوَصْفَيْنِ لَا نَسُدُّ بَابَ السَّلَمِ فِي الْمَوْزُونَاتِ عَلَى مَا هُوَ الْأَصْلُ وَالْغَالِبُ، فَأَثَّرَ شَرْعُ الرُّخْصَةِ فِي التَّجْوِيزِ، وَهَذَا ظَاهِرٌ مِنَ الْفَرْقِ. قَالَ شَمْسُ الْأَيْمَةِ وَلَكِنَّ هَذَا كَلَامٌ مَنْ يُجَوِّزُ تَخْصِيصَ الْعِلَلِ وَلَسْنَا نَقُولُ بِهِ.

قَالَ (وَكُلُّ شَيْءٍ نَصَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَلَى تَحْرِيمِ التَّفَاضُلِ فِيهِ كَيْلًا فَهُوَ مَكِيلٌ أَبَدًا، وَإِنْ تَرَكَ النَّاسُ الْكَيْلَ فِيهِ مِثْلَ الْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالتَّمْرِ وَالْمِلْحِ وَكُلُّ مَا نَصَّ عَلَى

تَحْرِيمِ التَّفَاضُلِ فِيهِ وَزَنًا فَهُوَ مَوْزُونٌ أَبَدًا، وَإِنْ تَرَكَ النَّاسُ الْوَزْنَ فِيهِ مِثْلُ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ) لَأَنَّ النَّصَّ أَقْوَى مِنَ الْعُرْفِ وَالْأَقْوَى لَا يُتْرَكُ بِالْأَدْنَى (وَمَا لَمْ يُنْصَ عَلَيْهِ فَهُوَ مَحْمُولٌ عَلَى عَادَاتِ النَّاسِ) لِأَنَّهَا دَلَالَةٌ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ الْعُرْفُ عَلَى خِلَافِ الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ أَيْضًا لَأَنَّ النَّصَّ عَلَى ذَلِكَ لِمَكَانِ الْعَادَةِ فَكَانَتْ هِيَ الْمَنْظُورُ إِلَيْهَا وَقَدْ تَبَدَّلَتْ، فَعَلَى هَذَا لَوْ بَاعَ الْحِنْطَةَ بِجِنْسِهَا مُتَسَاوِيًا وَزَنًا، أَوِ الذَّهَبَ بِجِنْسِهِ مُتَمَاثِلًا كَيْلًا لَا يَجُوزُ عِنْدَهُمَا، وَإِنْ تَعَارَفُوا ذَلِكَ لَتَوَهُمُ الْفَضْلَ عَلَى مَا هُوَ الْمِيعَارُ فِيهِ، كَمَا إِذَا بَاعَ مُجَازَفَةً إِلَّا أَنَّهُ يَجُوزُ الْإِسْلَامُ فِي الْحِنْطَةِ وَنَحْوِهَا وَزَنًا لَوْجُودِ الْإِسْلَامِ فِي مَعْلُومٍ. قَالَ (وَكُلُّ مَا يُنْسَبُ إِلَى الرُّطْلِ فَهُوَ وَزَنِيٌّ) مَعْنَاهُ مَا يُبَاعُ بِالْأَوَاقِي لِأَنَّهَا قُدِّرَتْ بِطَرِيقِ الْوَزْنِ حَتَّى يُحْتَسَبَ مَا يُبَاعُ بِهَا وَزَنًا، بِخِلَافِ سَائِرِ الْمَكَايِلِ، وَإِذَا كَانَ مَوْزُونًا فَلَوْ بَاعَ بِمِكْيَالٍ لَا يُعْرِفُ وَزَنَهُ بِمِكْيَالٍ مِثْلِهِ لَا يَجُوزُ لَتَوَهُمُ الْفَضْلَ فِي الْوَزْنِ بِمَنْزِلَةِ الْمَجَازَفَةِ.

الشرح:

(قَالَ وَكُلُّ شَيْءٍ نَصَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَلَى تَحْرِيمِ التَّفَاضُلِ فِيهِ كَيْلًا) كَالْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالْتَّمْرِ وَالْمِلْحِ فَهُوَ مَكِيلٌ أَبَدًا وَإِنْ تَرَكَ النَّاسُ الْكَيْلَ فِيهِ وَكُلُّ مَا نَصَّ عَلَى التَّحْرِيمِ فِيهِ وَزَنًا) كَالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ (فَهُوَ مَوْزُونٌ أَبَدًا)؛ لَأَنَّ النَّصَّ أَقْوَى مِنَ الْعُرْفِ لِكُونِهِ حُجَّةً عَلَى مَنْ تَعَارَفَ وَعَلَى مَنْ لَمْ يَتَعَارَفَ، وَالْعُرْفُ لَيْسَ بِحُجَّةٍ إِلَّا عَلَى مَنْ تَعَارَفَ بِهِ.

وَالْأَقْوَى لَا يُتْرَكُ بِالْأَدْنَى (وَمَا لَمْ يُنْصَ عَلَيْهِ فَهُوَ مَحْمُولٌ عَلَى عَادَاتِ النَّاسِ؛ لِأَنَّهَا) أَيْ عَادَاتِ النَّاسِ (دَلَالَةٌ) عَلَى جَوَازِ الْحُكْمِ فِيمَا وَقَعَتْ عَلَيْهِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَا رَأَاهُ الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ» (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ اعْتِبَارُ الْعُرْفِ عَلَى خِلَافِ الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ أَيْضًا؛ لَأَنَّ النَّصَّ عَلَى ذَلِكَ) أَيْ عَلَى الْكَيْلِ فِي الْمَكِيلِ وَالْوَزْنِ فِي الْمَوْزُونِ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ إِنَّمَا كَانَ لِلْعَادَةِ فِيهِ، فَكَانَ الْمَنْظُورُ إِلَيْهِ هُوَ الْعَادَةُ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ وَقَدْ تَبَدَّلَتْ فَيَجِبُ أَنْ يَثْبُتَ الْحُكْمُ عَلَى وِفَاقِ ذَلِكَ (وَعَلَى ذَلِكَ لَوْ بَاعَ حِنْطَةً بِجِنْسِهَا مُتَسَاوِيًا وَزَنًا أَوْ ذَهَبًا بِجِنْسِهِ مُتَمَاثِلًا كَيْلًا) جَاَزَ عِنْدَهُ إِذَا تَعَارَفُوا ذَلِكَ، وَلَا يَجُوزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وَإِنْ تَعَارَفُوهُ لَتَوَهُمُ الْفَضْلَ عَلَى مَا هُوَ الْمِيعَارُ فِيهِ كَمَا إِذَا بَاعَ مُجَازَفَةً، لَكِنْ يَجُوزُ الْإِسْلَامُ فِي الْحِنْطَةِ

وَنَحْوَهَا وَزَنَّا عَلَى مَا اخْتَارَهُ الطَّحَاوِيُّ لَوْجُودِ الْإِسْلَامِ فِي مَعْلُومٍ.
فَإِنَّ الْمُمَاطِلَةَ لَيْسَتْ بِمُعْتَبَرَةٍ فِيهِ، إِنَّمَا الْمُعْتَبَرُ هُوَ الْإِعْلَامُ عَلَى وَجْهِ يَنْفِي الْمُنَازَعَةَ
فِي التَّسْلِيمِ، وَذَلِكَ كَمَا يَحْصُلُ بِالْكَيْلِ يَحْصُلُ بِذِكْرِ الْوِزْنِ، وَذَكَرَ فِي التَّيَمَّةِ أَنَّهُ ذَكَرَ
فِي الْمَجَرَّدِ عَنْ أَصْحَابِنَا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ فَكَانَ فِي الْمَسْأَلَةِ رَوَايَتَانِ.

قَالَ الْمُصَنِّفُ (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ الْعُرْفُ عَلَى اخْتِلَافِ الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ
أَيْضًا؛ لِأَنَّ النَّصَّ عَلَى ذَلِكَ لِمَكَانِ الْعَادَةِ وَكَأَنَّ هِيَ الْمَنْظُورَ إِلَيْهَا وَقَدْ تَبَدَّلَتْ) أَقُولُ:
اسْتِقْرَاضُ الدَّرَاهِمِ عَدَدًا وَيَنْبَغُ الدَّقِيقُ وَزَنَّا عَلَى مَا هُوَ الْمُتَعَارَفُ فِي زَمَانِنَا يَنْبَغِي أَنْ
يَكُونَ مَبْنِيًّا عَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ. قَالَ (وَكُلُّ مَا يُنْسَبُ إِلَى الرَّطْلِ فَهُوَ وَزْنِي) الرَّطْلُ
بِالْكَسْرِ وَالْفَتْحُ نِصْفُ مَنْ، وَالْأَوَاقِي جَمْعُ أَوْقِيَةٍ كَأَثْفِيَةٍ وَإِثَافٍ. قِيلَ هِيَ وَزْنُ سَبْعَةِ
مِثْقَالٍ: وَذَكَرَ فِي الصَّحَاحِ أَنَّهُ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا، وَالظَّاهِرُ أَنَّهَا تَخْتَلِفُ بِالزَّمَانِ وَالْمَكَانِ،
وَكُلُّ مَا يُبَاعُ بِالْأَوَاقِي فَهُوَ وَزْنِي؛ لِأَنَّهَا قُدِّرَتْ بِطَرِيقِ الْوِزْنِ، إِذْ تُعَدِّلُهَا إِنَّمَا يَكُونُ
بِالْوِزْنِ وَلِهَذَا يُحْتَسَبُ مَا يُبَاعُ بِالْأَوَاقِي وَزَنَّا، بِخِلَافِ سَائِرِ الْمَكَايِلِ مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ؛ لِأَنَّهَا
قُدِّرَتْ: يَعْنِي أَنَّ سَائِرَ الْمَكَايِلِ لَوْ تُقَدَّرُ بِالْوِزْنِ فَلَا يَكُونُ لِلْوِزْنِ فِيهِ اعْتِبَارٌ، وَعَلَى هَذَا
إِذَا بَاعَ الْمَوْزُونُ بِمِكْيَالٍ لَا يُعْرَفُ وَزْنُهُ بِمِكْيَالٍ مِثْلُهُ لَا يَجُوزُ لِتَوْهَمِ الْفَضْلِ فِي الْوِزْنِ
بِمَنْزِلَةِ الْمَجَازَةِ، وَلَوْ كَانَ الْمَبِيعُ مَكِيلًا جَازًا. وَإِنَّمَا قِيدَ بِقَوْلِهِ بِمِكْيَالٍ لَا يُعْرَفُ وَزْنُهُ؛
لَأَنَّهُ إِذَا عُرِفَ وَزْنُهُ جَازَ.

قَالَ فِي الْمَبْسُوطِ: وَكُلُّ شَيْءٍ وَقَعَ عَلَيْهِ كَيْلُ الرَّطْلِ فَهُوَ مَوْزُونٌ، ثُمَّ قَالَ: يُرِيدُ
بِهِ الْأَذْهَانَ وَنَحْوَهَا؛ لِأَنَّ الرَّطْلَ إِنَّمَا يُعَدَّلُ بِالْوِزْنِ إِلَّا أَنَّهُ يَشْتَقُّ عَلَيْهِمْ وَزْنُ الدُّهْنِ
بِالْأَمْنَاءِ وَالسَّنَجَاتِ فِي كُلِّ وَقْتٍ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَمْسِكُ إِلَّا فِي وَعَاءٍ وَفِي وَزْنِ كُلِّ وَعَاءٍ
حَرَجٌ، فَاتَّخَذَ الرَّطْلُ فِي ذَلِكَ تَيْسِيرًا، فَعَرَفْنَا أَنَّ كُلَّ الرَّطْلِ يَبْعُ مَوْزُونٌ فَجَازَ يَبْعُ
الْمَوْزُونُ بِهِ، وَالْإِسْلَامُ فِيهِ بِذِكْرِ الْوِزْنِ.

قَالَ (وَعَقْدُ الصَّرْفِ مَا وَقَعَ عَلَى جِنْسِ الْأَثْمَانِ يُعْتَبَرُ فِيهِ قَبْضُ عَوَضِيهِ فِي
الْمَجْلِسِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «وَالْفِضَّةُ بِالْفِضْطِ هَاءٌ وَهَاءٌ» ^(١) مَعْنَاهُ يَدًا بِيَدٍ،
وَسَبْبِيْنُ الْفِقْهِ فِي الصَّرْفِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. قَالَ (وَمَا سِوَاهُ مِمَّا فِيهِ الرَّبَا يُعْتَبَرُ فِيهِ

(١) أخرجه البخاري في البيوع باب ٥٤، ومسلم في المساقاة حديث ٩٧.

التَّعِينُ وَلَا يُعْتَبَرُ فِيهِ التَّقَابُضُ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فِي بَيْعِ الطَّعَامِ). لَهُ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ
وَالسَّلَامُ فِي الْحَدِيثِ الْمَعْرُوفِ «يَدًا بِيَدٍ»^(١) وَلِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يُقْبَضْ فِي الْمَجْلِسِ فَيَتَعَاقَبُ
الْقَبْضُ وَلِلنَّقْدِ مَرْيَّةٌ فَتَثْبُتُ شَبْهَةُ الرَّبَا. وَلَنَا أَنَّهُ مَبِيعٌ مُتَعَيِّنٌ فَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِ الْقَبْضُ
كَالثُوبِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْفَائِدَةَ الْمَطْلُوبَةَ إِنَّمَا هُوَ التَّمَكُّنُ مِنَ التَّصَرُّفِ وَيَتَرْتَّبُ ذَلِكَ عَلَى
التَّعِينِ، بِخِلَافِ الصَّرْفِ لِأَنَّ الْقَبْضَ فِيهِ لِيَتَعَيَّنَ بِهِ؛ وَمَعْنَى قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ
«يَدًا بِيَدٍ» عَيْنًا بَعَيْنٍ، وَكَذَا رَوَاهُ عُبَادَةُ بْنُ الصَّامِتِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وَتَعَاقَبُ الْقَبْضِ لَا
يُعْتَبَرُ تَفَاوُتًا فِي الْمَالِ عُرْفًا، بِخِلَافِ النَّقْدِ وَالْمَوْجَلِ.

الشرح:

قَالَ (وَعَقْدُ الصَّرْفِ مَا وَقَعَ عَلَى جِنْسِ الْأَثْمَانِ إلخ) عَقْدُ الصَّرْفِ مَا وَقَعَ عَلَى
جِنْسِ الْأَثْمَانِ وَهِيَ النُّقُودُ يُعْتَبَرُ فِيهِ قَبْضُ عَوْضِيهِ فِي الْمَجْلِسِ. قَوْلُهُ: (يُعْتَبَرُ فِيهِ) خَبَرٌ
ثَانٍ لِقَوْلِهِ عَقْدُ الصَّرْفِ؛ وَمَعْنَى يُعْتَبَرُ يَجِبُ لِقَوْلِهِ ﷺ «الْفِصَّةُ بِالْفِصَّةِ هَاءٌ وَهَاءٌ» مَعْنَاهُ
يَدًا بِيَدٍ، وَقَدْ تَقَدَّمَ دَلَالَتُهُ عَلَى الْوُجُوبِ.

وَهَاءٌ مَمْدُودٌ عَلَى وَزْنِ هَاعٍ وَمَعْنَاهُ خُذْ: أَيُّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ يَقُولُ
لصَاحِبِهِ هَاءٌ فَيَتَقَابِضَانِ، وَفَسَّرَهُ بِقَوْلِهِ يَدًا بِيَدٍ جَرًّا إِلَى إِفَادَةِ مَعْنَى التَّعِينِ كَمَا بُيِّنَ (وَمَا
سِوَى جِنْسِ الْأَثْمَانِ) مِنَ الرُّبُوبِيَّاتِ (يُعْتَبَرُ فِيهِ التَّعِينُ دُونَ الْقَبْضِ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فِي بَيْعِ
الطَّعَامِ) أَيُّ فِي كُلِّ مَطْعُومٍ سِوَاءٍ يَبِيعُ بِجِنْسِهِ كَبَيْعِ كَرٍّ حِنْطَةً بِكَرٍّ حِنْطَةً أَوْ بغيرِ جِنْسِهِ
كَكَرٍّ حِنْطَةً بِشَعِيرٍ أَوْ ثَمَرٍ، فَإِنَّهُ إِذَا افْتَرَقَا لَا عَنْ قَبْضٍ فَسَدَ الْعَقْدُ عِنْدَهُ اسْتَدَلَّ عَلَى ذَلِكَ
بِقَوْلِهِ ﷺ فِي الْحَدِيثِ الْمَعْرُوفِ «يَدًا بِيَدٍ» وَالْمُرَادُ بِهِ الْقَبْضُ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ يَسْتَلْزِمُهَا لَكُونَهَا
آلَةً لَهُ فِيهِ كِتَابِيَّةٌ، وَبِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يُقْبَضْ فِي الْمَجْلِسِ يَتَعَاقَبُ الْقَبْضُ وَلِلنَّقْدِ مَرْيَّةٌ. فَتَثْبُتُ شَبْهَةُ
الرَّبَا كَالْحَالِ وَالْمَوْجَلِ (وَلَنَا أَنَّهُ مَبِيعٌ مُتَعَيِّنٌ)؛ لِأَنَّهُ يَتَعَيَّنُ بِالتَّعِينِ.

وَكُلُّ مَا هُوَ مُتَعَيِّنٌ لَا يُشْتَرَطُ فِيهِ الْقَبْضُ كَالثُوبِ وَالْعَبْدِ وَالذَّابَّةِ وَغَيْرِهَا، وَهَذَا
أَيُّ عَدَمِ اشْتِرَاطِ الْقَبْضِ فِيمَا يَتَعَيَّنُ؛ لِأَنَّ الْفَائِدَةَ الْمَطْلُوبَةَ بِالْعَقْدِ إِنَّمَا هِيَ التَّمَكُّنُ مِنَ
التَّصَرُّفِ وَذَلِكَ يَتَرْتَّبُ عَلَى التَّعِينِ فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى الْقَبْضِ. فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ كَذَلِكَ لَمَا
وَجَبَ الْقَبْضُ فِي الصَّرْفِ.

(١) أخرجه مسلم في المساقاة (حديث ٨٠).

أَجَابَ بِقَوْلِهِ بِخِلَافِ الصَّرْفِ، فَإِنَّ الْقَبْضَ فِيهِ يَتَعَيَّنُ بِهِ فَإِنَّ التَّقْوَدَ لَا تَتَعَيَّنُ فِي الْعُقُودِ. قَوْلُهُ: (وَمَعْنَى قَوْلِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ) جَوَابٌ عَنْ اسْتِدْلَالِ الْخَصْمِ بِالْحَدِيثِ، فَإِنَّهُ إِذَا كَانَ مَعْنَاهُ عَيْنًا بَعَيْنٍ لَمْ يَبْقَ دَلِيلًا لَهُ عَلَى الْقَبْضِ، وَالذَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ مَا رَوَاهُ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ الصَّامِتِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ «عَيْنًا بَعَيْنٍ». وَوَجْهُ الدَّلَالَةِ أَنَّ اشْتِرَاطَ التَّعْيِينِ وَالْقَبْضِ جَمِيعًا الْمُدْلُولُ عَلَيْهِمَا بِالرَّوَايَتَيْنِ مُتَّفِقٌ بِالْإِجْمَاعِ الْمُرَكَّبِ، أَمَّا عِنْدَنَا فَلِأَنَّ الشَّرْطَ هُوَ التَّعْيِينُ دُونَ الْقَبْضِ وَأَمَّا عِنْدَهُ فَبِالْعَكْسِ فَلَا بُدَّ مِنْ حَمْلِ أَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ. وَقَوْلُهُ: (يَدًا يَدًا) يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ بِهِ الْقَبْضُ؛ لِأَنَّهُ اللَّهُ كَمَا تَقَدَّمَ، وَأَنْ يَكُونَ التَّعْيِينُ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَكُونُ بِالْإِشَارَةِ بِالْيَدِ (وَقَوْلُهُ: عَيْنًا بَعَيْنٍ) مُحْكَمٌ لَا يَحْتَمِلُ غَيْرَهُ فَيَحْتَمِلُ الْمُحْتَمَلُ عَلَى الْمُحْكَمِ، وَلَا يُقَالُ لِرِمَكُمُ الْعَمَلُ بِعُمُومِ الْمُشْتَرَكِ أَوْ الْجَمْعِ بَيْنَ الْحَقِيقَةِ وَالْحَاجِزِ؛ لِأَنَّكُمْ جَعَلْتُمْ يَدًا يَدًا بِمَعْنَى الْقَبْضِ فِي الصَّرْفِ وَبِمَعْنَى الْعَيْنِ فِي بَيْعِ الطَّعَامِ؛ لِأَنَّا نَقُولُ جَعَلْنَاهُ فِي الصَّرْفِ بِمَعْنَى الْقَبْضِ؛ لِأَنَّ التَّعْيِينَ فِيهِ لَا يَكُونُ إِلَّا بِالْقَبْضِ فَهُوَ فِي مَعْنَى الْعَيْنِ فِي الْمَحَالِّ كُلِّهَا، لَكِنْ تَعْيِينَ كُلِّ شَيْءٍ بِحَسَبِهِ.

وَيُوقَضُ بِأَنَّهُ لَوْ كَانَ بِمَعْنَى التَّعْيِينِ لَمَا شَرِطَ الْقَبْضُ فِي إِنْءٍ ذَهَبَ بَيْعُ إِنْءٍ مِثْلِهِ لِأَنَّهُ يَلْزَمُ تَعْيِينَ الْمَعْيَنِ، فَإِنَّ الْإِنْءَ يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ عِنْدَكُمْ لَكِنَّ الْقَبْضَ شَرْطٌ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ وَإِنْ تَعَيَّنَ لَكِنَّهُ لَمَّا كَانَ ثَمَنًا خَلَقَةً كَانَ فِيهِ شُبْهَةٌ عَدَمِ التَّعْيِينِ، وَالشُّبْهَةُ فِي الرِّبَا كَالْحَقِيقَةِ فَاشْتَرِطَ الْقَبْضُ دَفْعًا لَهَا.

واعتُزِلَ بِأَنَّ مَا ذَكَرْتُمْ إِنَّمَا هُوَ عَلَى طَرِيقَتِكُمْ فِي أَنَّ الْأَثْمَانَ لَا تَتَعَيَّنُ، وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ فَلَيْسَ بِقَائِلٍ بِهِ فَلَا يَكُونُ مُلْزَمًا. وَالْجَوَابُ أَنَّهُ ذَكَرَهُ بِطَرِيقِ الْمُبَادِي هَاهُنَا لِثُبُوتِهِ بِالذَّلَائِلِ الْمُلْزِمَةِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ (قَوْلُهُ: وَتَعَاقُبُ الْقَبْضِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَلَئِنَّهُ إِذَا لَمْ يُقْبَضْ فِي الْمَجْلِسِ. وَوَجْهُهُ الْمَانِعُ تَعَاقُبَ يُعَدُّ تَقَاوُفًا فِي الْمَالِيَّةِ عُرْفًا كَمَا فِي التَّقْدِ وَالْمَوْجَلِّ، وَمَا ذَكَرْتُمْ لَيْسَ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّ التُّجَّارَ لَا يَفْصِلُونَ فِي الْمَالِيَّةِ بَيْنَ الْمَقْبُوضِ فِي الْمَجْلِسِ وَغَيْرِهِ بَعْدَ أَنْ يَكُونَ حَالًا مُعَيَّنًا.

قَالَ (وَيَجُوزُ بَيْعُ الْبَيْضَةِ بِالْبَيْضَتَيْنِ وَالثَّمَرَةِ بِالثَّمَرَتَيْنِ وَالْجَوْزَةِ بِالْجَوْزَتَيْنِ) لِإِعْدَامِ الْمِيعَارِ فَلَا يَتَحَقَّقُ الرِّبَا. وَالشَّافِعِيُّ يُخَالَفُنَا فِيهِ لَوْجُودِ الطَّعْمِ عَلَى مَا مَرَّ.

قَالَ (وَيَجُوزُ بَيْعُ الْفَلَسِ بِالْفَلَسَيْنِ بِأَعْيَانِهِمَا) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ

مُحَمَّدٌ: لَا يَجُوزُ لِأَنَّ التَّمَنِيَّةَ تَثْبُتُ بِاصْطِلَاحِ الْكُلِّ فَلَا تَبْطُلُ بِاصْطِلَاحِهِمَا، وَإِذَا بَقِيَتْ
أَمَّا نَا لَا تَتَعَيَّنُ فَمَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَا بِغَيْرِ أَعْيَانِهِمَا وَكَبَيْعِ الدَّرْهِمِ بِالدَّرْهَمَيْنِ. وَلَهُمَا أَنْ
التَّمَنِيَّةَ فِي حَقِّهِمَا تَثْبُتُ بِاصْطِلَاحِهِمَا إِذْ لَا وَلايَةَ لِلغَيْرِ عَلَيْهِمَا فَتَبْطُلُ بِاصْطِلَاحِهِمَا
وَإِذَا بَطَلَتْ التَّمَنِيَّةُ تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ وَلَا يَعُودُ وَزَنِيًّا لِبَقَاءِ الاصْطِلَاحِ عَلَى الْعَدِّ إِذْ فِي
نَقْضِهِ فِي حَقِّ الْعَدِّ فَسَادُ الْعَقْدِ فَمَصَارَ كَالْجَوْزَةِ بِالْجَوْزَتَيْنِ بِخِلَافِ النُّقُودِ لِأَنَّهَا لِلتَّمَنِيَّةِ
خِلَقَةٌ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَا بِغَيْرِ أَعْيَانِهِمَا لِأَنَّهُ كَالَّذِي بِالْكَالِيِّ وَقَدْ نَهِيَ عَنْهُ، وَبِخِلَافِ مَا
إِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا بِغَيْرِ عَيْنِهِ لِأَنَّ الْجِنْسَ بِانْفِرَادِهِ يُحَرِّمُ النِّسَاءَ.

الشرح:

قَالَ (وَيَجُوزُ بَيْعُ الْبَيْضَةِ بِالْبَيْضَتَيْنِ إِنْ بَاعَ الْعَدَدِيُّ الْمُتَقَارِبَ بِجِنْسِهِ مُتَفَاضِلًا
جَائِزٌ إِنْ كَانَا مَوْجُودَيْنِ لِإِعْدَامِ الْمِيعَارِ وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا نَسِيئَةً لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ الْجِنْسَ
بِانْفِرَادِهِ يُحَرِّمُ النِّسَاءَ. فَإِنْ قِيلَ: الْجَوْزُ وَالْبَيْضُ وَالتَّمَرُ جُعِلَتْ أَمْثَالًا فِي ضَمَانِ
الْمُسْتَهْلَكَاتِ فَكَيْفَ يَجُوزُ بَيْعُ الْوَاحِدِ بِالْآخَرَيْنِ؟ أَجِيبَ بِأَنَّ التَّمَاتِلَ فِي ذَلِكَ إِنَّمَا هُوَ
بِاصْطِلَاحِ النَّاسِ عَلَى إِهْدَارِ التَّفَاوُتِ فَيَعْمَلُ بِذَلِكَ فِي حَقِّهِمْ وَهُوَ ضَمَانُ الْعُدْوَانِ. وَأَمَّا
الرَّبَا فَهُوَ حَقُّ الشَّارِعِ فَلَا يُعْمَلُ فِيهِ بِاصْطِلَاحِهِمْ فَتُعْتَبَرُ الْحَقِيقَةُ وَهِيَ فِيهَا مُتَفَاوُتَةٌ صَغِيرًا
وَكَبِيرًا. وَخَالَفْنَا الشَّافِعِيَّ فِيهِ لَوْجُودِ الطَّعْمِ عَلَى مَا مَرَّ. قَالَ (وَيَجُوزُ بَيْعُ الْفَلَسِ
بِالْفَلَسَيْنِ بِأَعْيَانِهِمَا إِنْ بَاعَ الْفَلَسُ بِجِنْسِهِ مُتَفَاضِلًا عَلَى أَوْجُهُ أَرْبَعَةً: بَيْعُ فَلَسٍ بِغَيْرِ
عَيْنِهِ بِفَلَسَيْنِ بِغَيْرِ أَعْيَانِهِمَا. وَبَيْعُ فَلَسٍ بِعَيْنِهِ بِفَلَسَيْنِ بِغَيْرِ أَعْيَانِهِمَا. وَبَيْعُ فَلَسٍ بِغَيْرِ عَيْنِهِ
بِفَلَسَيْنِ بِأَعْيَانِهِمَا. وَبَيْعُ فَلَسٍ بِعَيْنِهِ بِفَلَسَيْنِ بِأَعْيَانِهِمَا. وَالْكُلُّ فَاسِدٌ سِوَى الْوَجْهِ الرَّابِعِ.
أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَأَنَّ الْفُلُوسَ الرَّائِجَةَ أَمْثَالٌ مُتَسَاوِيَةٌ قِطْعًا لِاصْطِلَاحِ النَّاسِ عَلَى إِهْدَارِ قِيَمَةِ
الْجَوْدَةِ مِنْهَا فَيَكُونُ أَحَدُ الْفَلَسَيْنِ فَضْلًا خَالِيًا عَنِ الْعَوَضِ مَشْرُوطًا فِي الْعَقْدِ وَهُوَ الرَّبَا.
وَأَمَّا الثَّانِي فَلَأَنَّهُ لَوْ جَازَ أَمْسَكَ الْبَائِعُ الْفَلَسَ الْمَعْيَنَ وَطَلَبَ الْآخَرَ وَهُوَ فَضْلٌ خَالٍ عَنِ
الْعَوَضِ.

وَأَمَّا الثَّلَاثُ فَلَأَنَّهُ لَوْ جَازَ قَبْضُ الْبَائِعِ لِلْفَلَسَيْنِ وَرَدَّ إِلَيْهِ أَحَدُهُمَا مَكَانَ مَا
اسْتَوْجَبَهُ فِي ذِمَّتِهِ فَيَبْقَى الْآخَرُ لَهُ بِلا عَوَضٍ. وَأَمَّا الْوَجْهُ الرَّابِعُ فَجَوْزُهُ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَبُو
يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ التَّمَنِيَّةَ فِي الْفَلَسِ تَثْبُتُ

باصطلاح الكل، وَمَا يَثْبُتُ بِاصطلاح الكل لَا يَبْطُلُ بِاصطلاحهما لَعَدَمِ وَلَايَتِهما عَلَى غَيْرِهما فَبَقِيَ اثْمَانًا وَهِيَ لَا تَتَّعِينَ بِالِاتِّفَاقِ، فَلَا فَرْقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَا إِذَا كَانَا بِغَيْرِ أَعْيَانِهما وَصَارَ كَبَيْعِ الدَّرْهَمِ بِالدَّرْهَمَيْنِ.

وَبِهَذَا يَتَبَيَّنُ أَنَّ الْفُلُوسَ الرَّائِجَةَ مَا دَامَتْ رَائِجَةً لَا تَتَّعِينَ بِالتَّعِينِ حَتَّى لَوْ قُوبِلَتْ بِخِلَافِ جَنْسِهَا كَمَا إِذَا اشْتَرَى ثَوْبًا بِفُلُوسٍ مُعَيَّنَةٍ فَهَلَكَتْ قَبْلَ التَّسْلِيمِ لَمْ يَبْطُلِ الْعَقْدُ كَالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ (وَلَهُمَا أَنَّ الثَّمَنِيَّةَ فِي حَقِّهما تَثْبُتُ بِاصطلاحهما إِذْ لَا وَلَايَةَ لَغَيْرِهما عَلَيْهِمَا) وَمَا ثَبَتَ بِاصطلاحهما فِي حَقِّهما يَبْطُلُ بِاصطلاحهما كَذَلِكَ. وَاعْتَرَضَ عَلَيْهِ بِأَنَّهَا إِذَا كَسَدَتْ بِاتِّفَاقِ الْكُلِّ لَا تَكُونُ ثَمَنًا بِاصطلاح الْمُتَعَاقِدَيْنِ فَيَجِبُ أَنْ لَا تَكُونَ عُرُوضًا أَيْضًا بِاصطلاحهما إِذَا كَانَ الْكُلُّ مُتَّفَقًا عَلَى ثَمَنِيَّتِهَا سِوَاهُمَا. وَاجِبٌ بِأَنَّ الْأَصْلَ فِي الْفُلُوسِ أَنْ تَكُونَ عُرُوضًا، فَاصطلاحُهما عَلَى الثَّمَنِيَّةِ بَعْدَ الْكَسَادِ عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ ثَمَنًا بِاصطلاحهما لَوْ قُوعَهُ عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ.

وَأَمَّا إِذَا اصْطَلَحَا عَلَى كَوْنِهما عُرُوضًا كَانَ ذَلِكَ عَلَى وَفَاقِ الْأَصْلِ فَكَانَ جَائِزًا وَإِنْ كَانَ مِنْ سِوَاهُمَا مُتَّفَقِينَ عَلَى الثَّمَنِيَّةِ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّهُ يُنَافِي قَوْلَهُ إِنَّ الثَّمَنِيَّةَ فِي حَقِّهما تَثْبُتُ بِاصطلاحهما إِذْ لَا وَلَايَةَ لِلْغَيْرِ عَلَيْهِمَا. وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ: مَعْنَاهُ أَنَّ الثَّمَنِيَّةَ قَبْلَ الْكَسَادِ تَثْبُتُ بِاصطلاحهما، أَوْ بِشَرْطِ أَنْ يَكُونَ مِنْ سِوَاهُمَا مُتَّفَقِينَ عَلَى الثَّمَنِيَّةِ، وَإِذَا بَطَلَتْ الثَّمَنِيَّةُ فَلَعُودِهَا عُرُوضًا تَتَّعِينَ بِالتَّعِينِ. فَإِنْ قِيلَ: إِذَا عَادَتْ عُرُوضًا عَادَتْ وَرِثِيَّةً فَكَانَ يَبْعُ فَلَسَ بِفَلَسَيْنِ وَمِنْ يَبْعٍ قِطْعَةٌ صَفَرٌ بِقِطْعَتَيْنِ وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ. أَجَابَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ بِقَوْلِهِ وَلَا يَعُودُ وَرِثِيًّا؛ لِأَنَّهُمَا بِالْإِفْدَامِ عَلَى هَذَا الْعَقْدِ وَمُقَابَلَةِ الْوَاحِدِ بِالْأُثْنَيْنِ أَعْرَضَا عَنْ اعْتِبَارِ الثَّمَنِيَّةِ دُونَ الْعَدِّ حَيْثُ لَمْ يَرْجِعَا إِلَى الْوِزْنِ وَلَمْ يَكُنِ الْعَدُّ مَلْزُومًا الثَّمَنِيَّةَ حَتَّى يَنْتَفِي بِاتِّفَاقِهَا فَبَقِيَ مَعْدُودًا، وَاسْتَدَلَّ عَلَى بَقَاءِ الاصطلاح فِي حَقِّ الْعَدِّ بِقَوْلِهِ إِذْ فِي تَقْضِيهِ: يَعْنِي الاصطلاح فِي حَقِّ الْعَدِّ فَسَادَ الْعَقْدِ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّهُ مُدَّعَى الْخِصْمِ وَلَوْ ضَمَّ إِلَى ذَلِكَ وَالْأَصْلُ حَمْلُهُ عَلَى الصَّحَّةِ كَانَ لَهُ أَنْ يَقُولَ الْأَصْلُ حَمْلُ الْعَقْدِ عَلَيْهَا مُطْلَقًا أَوْ فِي غَيْرِ الرُّبُوبِيَّاتِ، وَالْأَوَّلُ مَمْنُوعٌ وَالثَّانِي لَا يُفِيدُ (قَوْلُهُ: فَصَارَ كَالْجُوزَةِ بِالْجُوزَتَيْنِ) بَيَانٌ لَانْفِكَائِ الْعِدَّةِ عَنِ الثَّمَنِيَّةِ. وَقَوْلُهُ: (بِخِلَافِ التَّقُودِ)

جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ كَيْفَ الدَّرْهَمُ بِالدَّرْهَمَيْنِ؛ لَأَنَّهَا لِلثَّمَنِ خَلْقَةٌ لَا اصْطِلَاحًا فَلَا تَبْطُلُ بِاصْطِلَاحِهِمَا.

وقوله: (وَبِخِلَافٍ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ كَمَا إِذْ كَانَ بَغِيرَ أَعْيَانِهِمَا فَإِنَّ ذَلِكَ لَمْ يَجْزُ لِكَوْنِهِ كَالثَّابِتِ بِكَالِيٍّ: أَيْ نَسِيئَةً بِنَسِيئَةٍ وَهُوَ مِنْهُيٌّ عَنْهُ (قَوْلُهُ: وَبِخِلَافٍ مَا إِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا بَغِيرَ عَيْنِهِ) جَوَابٌ عَنْ الْقِسْمَيْنِ الْبَاقِيَيْنِ؛ لِأَنَّ عَدَمَ الْجَوَازِ ثَمَّةٌ بِاعْتِبَارِ أَنَّ الْجِنْسَ بِإِنْفِرَادِهِ يُحَرِّمُ النَّسَاءَ.

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْحِنِطَةِ بِالذَّقِيقِ وَلَا بِالسَّوِيقِ) لِأَنَّ الْمُجَانَسَةَ بَاقِيَةً مِنْ وَجْهِ لَأَنَّهُمَا مِنْ أَجْزَاءِ الْحِنِطَةِ وَالْمَعْيَارُ فِيهِمَا الْكِيلُ، لَكِنْ الْكِيلُ غَيْرُ مُسَوٍّ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ الْحِنِطَةِ لَا كِتَابَةً فِيهِ وَتَخْلُفُ حَبَاتِ الْحِنِطَةِ فَلَا يَجُوزُ وَإِنْ كَانَ كَيْلًا بِكِيلٍ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْحِنِطَةِ بِالذَّقِيقِ) بَيْعُ الْحِنِطَةِ بِالذَّقِيقِ أَوْ بِالسَّوِيقِ لَا يَجُوزُ مُتَسَاوِيًا وَلَا مُتَفَاضِلًا لِشَبْهِهِ الرَّبَا؛ لَأَنَّهَا مَكِيلَةٌ، وَالْمُجَانَسَةُ بَاقِيَةٌ مِنْ وَجْهِ؛ لَأَنَّهُمَا أَيْ الذَّقِيقُ وَالسَّوِيقُ مِنْ أَجْزَاءِ الْحِنِطَةِ؛ لِأَنَّ الطَّحْنَ لَمْ يُؤْتَرْ إِلَّا فِي تَفْرِيقِ الْأَجْزَاءِ، وَالْمُجْتَمِعُ لَا يَصِيرُ بِالتَّفْرِيقِ شَيْئًا آخَرَ زَائِلَةً مِنْ وَجْهِ؛ لِأَنَّ اخْتِلَافَ الْجِنْسِ بِاخْتِلَافِ الْأَسْمِ وَالصُّورَةِ وَالْمَعَانِي كَمَا بَيَّنَّ الْحِنِطَةُ وَالشَّعِيرُ وَقَدْ زَالَ الْأَسْمُ وَهُوَ ظَاهِرٌ وَتَبَدَّلَتِ الصُّورَةُ وَاخْتَلَفَتِ الْمَعَانِي، فَإِنَّ مَا يَتَغَيَّرُ مِنَ الْحِنِطَةِ لَا يَتَغَيَّرُ مِنَ الذَّقِيقِ، فَإِنَّهَا تَصْلُحُ لِاتِّخَاذِ الْكِشْكِ وَالْهَرِيسَةِ وَغَيْرِهِمَا دُونَ الذَّقِيقِ وَالسَّوِيقِ.

وَرَبَا الْفَضْلُ بَيْنَ الْحِنِطَةِ وَالْحِنِطَةِ كَانَ ثَابِتًا قَبْلَ الطَّحْنِ وَبَصِيرُورَتِهِ دَقِيقًا زَالَتْ الْمُجَانَسَةُ مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ، فَوَقَعَ الشُّكُّ فِي زَوَالِهِ وَالْيَقِينُ لَا يَزُولُ بِالشُّكِّ. فَإِنْ قِيلَ: لَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ الذَّقِيقُ حِنِطَةً أَوْ لَا، وَالثَّانِي يُوجِبُ الْجَوَازَ مُتَسَاوِيًا وَمُتَفَاضِلًا لَا مَحَالَةَ، وَالْأَوَّلُ يُوجِبُ الْجَوَازَ إِذَا كَانَ مُتَسَاوِيًا كَذَلِكَ. أَجَابَ بِأَنَّ الْمُسَاوَاةَ إِمَّا تَكُونُ بِالْكِيلِ وَالْكِيلُ غَيْرُ مُسَوٍّ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ الْحِنِطَةِ لَا كِتَابَةً فِيهِ وَتَخْلُفُ حَبَاتِ الْحِنِطَةِ فَصَارَ كَالْمُجَارَفَةِ فِي احْتِمَالِ الزِّيَادَةِ (فَلَا يَجُوزُ وَإِنْ كَانَ كَيْلًا بِكِيلٍ) قَبْلَ حُرْمَةِ الرَّبَا حُرْمَةً تَنْتَاهِي بِالْمُسَاوَاةِ فِي الْأَصْلِ، وَعَلَى مَا ذَكَرْتُمْ فِي هَذَا الْفَرْعِ تَثْبُتُ حُرْمَةُ لَا تَنْتَاهِي فَصَارَ مِثْلَ ظَهَارِ الذَّمِّ عَلَى مَا عُرِفَ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ حُرْمَةَ الرَّبَا تَنْتَاهِي بِالْمُسَاوَاةِ

فِي الْحِنْطَةِ أَوْ فِي الشُّبْهَةِ، وَالثَّانِي مَمْنُوعٌ فَإِنَّ حُرْمَةَ النَّسَاءِ لَا تَنْتَاهِي بِالمُسَاوَةِ، وَالأَوَّلُ مُسَلَّمٌ لَكِنْ مَا نَحْنُ فِيهِ مِنَ الثَّانِي. وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ: الْحُرْمَةُ تَنْتَاهِي بِالمُسَاوَةِ فَلَا بُدَّ مِنْ تَحَقُّقِهَا، وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ لَا تَحَقُّقُ.

(وَيَجُوزُ بَيْعُ الدَّقِيقِ بِالدَّقِيقِ مُتَسَاوِيًا كَيْلًا) لَتَحَقُّقِ الشَّرْطِ

الشرح:

وَيَجُوزُ بَيْعُ الدَّقِيقِ بِالدَّقِيقِ مُتَسَاوِيًا كَيْلًا بِكَيْلٍ لَتَحَقُّقِ الشَّرْطِ وَهُوَ وَجُودُ الْمُسَوِيِّ وَمُتَسَاوِيًا وَكَيْلًا بِكَيْلٍ، قِيلَ حَالَانِ مُتَدَاخِلَانِ؛ لِأَنَّ الْعَامِلَ فِي الْأَوَّلِ بَيْعٌ وَفِي الثَّانِي مُتَسَاوِيًا، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَا مُتَرَادِفَيْنِ. وَفَائِدَةُ ذِكْرِ الثَّانِيَةِ نَفْيُ تَوْهَمِ جَوَازِ الْمُسَاوَةِ وَزَنَا حُكْمِي عَنِ الشَّيْخِ الْإِمَامِ أَبِي بَكْرٍ مُحَمَّدِ بْنِ الْفَضْلِ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنْ يَبْعَ الدَّقِيقُ بِالدَّقِيقِ إِذَا تَسَاوَيَا كَيْلًا إِمَّا يَجُوزُ إِذَا كَانَا مَكْبُوسَيْنِ.

(وَبَيْعُ الدَّقِيقِ بِالسُّوَيْقِ لَا يَجُوزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ مُتَفَاضِلًا، وَلَا مُتَسَاوِيًا) لِأَنَّهُ لَا

يَجُوزُ بَيْعُ الدَّقِيقِ بِالمَقْلِيَةِ وَلَا بَيْعُ السُّوَيْقِ بِالحِنْطَةِ، فَكَذَا بَيْعُ أَجْزَائِهِمَا لِقِيَامِ الْمُجَانَسَةِ مِنْ وَجْهِهِ. وَعِنْدَهُمَا يَجُوزُ لِأَنَّهُمَا جِنْسَانِ مُخْتَلِفَانِ لِاخْتِلَافِ الْمَقْصُودِ. هَلْنَا: مُعْظَمُ الْمَقْصُودِ وَهُوَ التَّغْذِي يَشْمَلُهُمَا فَلَا يُبَالِي بِقَوَاتِ الْبَعْضِ كَالْمَقْلِيَةِ مَعَ غَيْرِ الْمَقْلِيَةِ وَالْعِلَكَةِ بِالمُسَوَّسَةِ.

الشرح:

وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الدَّقِيقِ بِالسُّوَيْقِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ مُتَسَاوِيًا وَلَا مُتَفَاضِلًا؛ لِأَنَّ الدَّقِيقَ أَجْزَاءُ حِنْطَةٍ غَيْرُ مَقْلِيَةٍ وَالسُّوَيْقُ أَجْزَاؤُهَا مَقْلِيَةٌ فَكَمَا لَا يَجُوزُ بَيْعُ أَجْزَاءِ بَعْضٍ بِالْآخَرِ لِقِيَامِ الْمُجَانَسَةِ مِنْ وَجْهِهِ فَكَذَا لَا يَجُوزُ بَيْعُ أَجْزَاءِ بَعْضٍ بِأَجْزَاءِ بَعْضٍ آخَرَ. وَعِنْدَهُمَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُمَا جِنْسَانِ لِاخْتِلَافِ الْمَقْصُودِ إِذْ هُوَ بِالدَّقِيقِ اتِّخَاذُ الْخُبْزِ وَالْعَصَائِدِ وَلَا يَحْصُلُ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ بِالسُّوَيْقِ بَلِ الْمَقْصُودُ بِهِ أَنْ يُلْتَغَى بِالسَّمَنِ أَوْ الْعَسَلِ أَوْ يُشْرَبَ بِالمَاءِ، وَكَذَلِكَ الْأِسْمُ «وَإِذَا اخْتَلَفَ الْجِنْسَانِ فَبِغَاوَاتِهِمَا كَيْفَ شِئْتُمْ بَعْدَ أَنْ يَكُونَ يَدًا يَدًا». وَالْجَوَابُ أَنَّ مُعْظَمَ الْمَقْصُودِ وَهُوَ التَّغْذِي يَشْمَلُهُمَا وَقَوَاتِ الْبَعْضِ لَا يَضُرُّ كَالْمَقْلِيَةِ بِغَيْرِ الْمَقْلِيَةِ (وَالْعِلَكَةُ بِالمُسَوَّسَةِ) الَّتِي أَكَلَهَا السُّوسُ وَالْمَقْلِيَةُ هِيَ الْمَشْوِيَةُ مِنْ قَلِي يَقْلِي إِذَا شَوِيَ، وَيَجُوزُ مَقْلُوَةٌ مِنْ قَلَا يَقْلُو.

وَالْعَلَكَةُ هِيَ الْجَيِّدَةُ الَّتِي تَكُونُ كَالْعَلِكِ مِنْ صَلَاتِهَا تَمْتَدُّ مِنْ غَيْرِ انْقِطَاعٍ،
وَالسُّوسَةُ الْعُتَّةُ، وَهِيَ دُوْدَةٌ تَقَعُ فِي الصُّوفِ وَالتِّيَابِ وَالطَّعَامِ، وَمِنْهُ حِنْطَةٌ مُسَوَّسَةٌ
بِكُسْرِ الْوَاوِ الْمَشْدَدَةِ.

قَالَ (وَيَجُوزُ بَيْعُ اللَّحْمِ بِالْحَيَوَانِ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: إِذَا
بَاعَهُ بِلَحْمٍ مِنْ جِنْسِهِ لَا يَجُوزُ إِلَّا إِذَا كَانَ اللَّحْمُ الْمُرْفُزُ أَكْثَرَ لِيَكُونَ اللَّحْمُ بِمُقَابَلَةِ مَا
فِيهِ مِنَ اللَّحْمِ وَالْبَاقِي بِمُقَابَلَةِ السَّقَطِ، إِذْ لَوْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ يَتَحَقَّقُ الرَّبَا مِنْ حَيْثُ
زِيَادَةُ السَّقَطِ أَوْ مِنْ حَيْثُ زِيَادَةُ اللَّحْمِ فَصَارَ كَالْخَلِّ بِالسَّمْسِمِ. وَلَهُمَا أَنَّهُ بَاعَ الْمُوزُونَ بِمَا
لَيْسَ بِمُوزُونَ، لِأَنَّ الْحَيَوَانَ لَا يُوزَنُ عَادَةً وَلَا يُمَكِّنُ مَعْرِفَةً ثِقَلِهِ بِالْوِزْنِ لِأَنَّهُ يُخَفَّفُ
نَفْسَهُ مَرَّةً بِصَلَابَتِهِ وَيَنْقِلُ أُخْرَى، بِخِلَافِ تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ لِأَنَّ الْوِزْنَ فِي الْحَالِ يُعْرَفُ قَدْرَ
الدَّهْنِ إِذَا مِيزَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ التَّجِيرِ، وَيُوزَنُ التَّجِيرُ.

الشرح:

قَالَ (وَيَجُوزُ بَيْعُ اللَّحْمِ بِالْحَيَوَانِ) بَيْعُ اللَّحْمِ بِالْحَيَوَانِ عَلَى وَجْهِ: مِنْهَا مَا إِذَا
بَاعَهُ بِحَيَوَانٍ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ كَمَا إِذَا بَاعَ لَحْمَ الْبَقَرِ بِالشَّاةِ مَثَلًا وَهُوَ جَائِزٌ بِالِاتِّفَاقِ مِنْ
غَيْرِ اعْتِبَارِ الْقِلَّةِ وَالكَثْرَةِ كَمَا فِي اللَّحْمَانِ الْمُخْتَلَفَةِ عَلَى مَا تَبَيَّنَ.

وَمِنْهَا مَا إِذَا بَاعَهُ الْحَيَوَانُ مِنْ جِنْسِهِ كَمَا إِذَا بَاعَ لَحْمَ الشَّاةِ بِالشَّاةِ لَكِنَّهَا
مَذْبُوحَةٌ مَفْصُولَةٌ عَنِ السَّقَطِ، وَهُوَ جَائِزٌ بِالِاتِّفَاقِ إِنْ كَانَا مُتَسَاوِيَيْنِ فِي الْوِزْنِ وَإِلَّا
فَلَا. وَمِنْهَا مَا إِذَا بَاعَهُ بِجِنْسِهِ مَذْبُوحًا غَيْرَ مَفْصُولٍ عَنِ السَّقَطِ وَهُوَ لَا يَجُوزُ إِلَّا أَنْ
يَكُونَ اللَّحْمُ الْمَفْصُولُ أَكْثَرَ وَهُوَ أَيْضًا بِالِاتِّفَاقِ. وَمِنْهَا مَا إِذَا بَاعَهُ بِجِنْسِهِ حَيًّا وَهُوَ
مَسْأَلَةُ الْكِتَابِ وَهُوَ جَائِزٌ عِنْدَ مُحَمَّدٍ (إِلَّا إِذَا كَانَ اللَّحْمُ الْمُرْفُزُ أَكْثَرَ لِيَكُونَ اللَّحْمُ
بِمُقَابَلَةِ مَا فِيهِ مِنَ اللَّحْمِ وَالْبَاقِي بِمُقَابَلَةِ السَّقَطِ إِذْ لَوْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ لَتَحَقَّقَ الرَّبَا) إِمَّا
(مِنْ حَيْثُ زِيَادَةُ السَّقَطِ أَوْ مِنْ حَيْثُ زِيَادَةُ اللَّحْمِ) وَالْقِيَاسُ مَعَهُ لَوْجُودُ الْجِنْسِيَّةِ بِاعْتِبَارِ
مَا فِي الضَّمَنِ (فَصَارَ كَالْخَلِّ) أَيْ الشَّيْرَجِ (بِالسَّمْسِمِ). وَلَهُمَا أَنَّهُ بَاعَ الْمُوزُونَ بِمَا لَيْسَ
بِمُوزُونَ؛ لِأَنَّ اللَّحْمَ مُوزُونٌ لَا مُحَالَةً، وَالْحَيَوَانَ لَا يُوزَنُ عَادَةً وَلَا يُمَكِّنُ مَعْرِفَةً ثِقَلِهِ
وَخَفَّتِهِ بِالْوِزْنِ؛ لِأَنَّهُ يُخَفَّفُ نَفْسَهُ مَرَّةً وَيَنْقِلُ أُخْرَى يَضْرِبُ قُوَّةَ فِيهِ فَلَا يُدْرَى أَنَّ الشَّاةَ
خَفَّتْ نَفْسَهَا أَوْ ثَقُلَتْ، بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الْحَلِّ بِالسَّمْسِمِ؛ لِأَنَّ الْوِزْنَ فِي الْحَلِّ يُعْرَفُ

قَدَرُ الدُّهْنِ إِذَا مِيزَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الثَّجِيرِ يُوزَنُ الثَّجِيرُ وَهُوَ ثَقُلُهُ، وَهَذَا فِي الْحَقِيقَةِ جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ إِنَّ السَّمْسِمَ لَا يُوزَنُ عَادَةً كَالْحَيَوَانِ فَقَالَ لَكِنْ يُمَكِّنُ مَعْرِفَتَهُ بِالْوِزْنِ وَلَا كَذَلِكَ الْحَيَوَانُ.

وَالَّذِي يَظْهَرُ مِنْ ذَلِكَ أَنَّ الْوِزْنَ يَشْمَلُ الْحَلَ وَالسَّمْسِمَ عِنْدَ التَّمْيِيزِ بَيْنَ الدُّهْنِ وَالثَّجِيرِ وَلَا يَشْمَلُ اللَّحْمَ وَالْحَيَوَانَ بِحَالٍ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الْحَلَ وَالسَّمْسِمَ يُوزَنَانِ ثُمَّ يُمِيزُ الثَّجِيرُ وَيُوزَنُ فَيَعْرِفُ قَدْرُ الْحَلِّ مِنَ السَّمْسِمِ، وَالْحَيَوَانُ لَا يُوزَنُ فِي الْإِبْتِدَاءِ حَتَّى إِذَا ذُبِحَ وَوُزِنَ السَّقَطُ وَهُوَ مَا لَا يُطْلَقُ عَلَيْهِ اسْمُ اللَّحْمِ كَالْجِلْدِ وَالْكَرْشِ وَالْأَمْعَاءِ وَغَيْرِهَا يُعْرِفُ بِهِ قَدْرُ اللَّحْمِ، فَكَانَ يَبِيعُ اللَّحْمَ بِهِ يَبِيعُ مَوْزُونٍ بِمَا لَيْسَ بِمَوْزُونٍ.

وَفِي ذَلِكَ اخْتِلَافُ الْجَنَسَيْنِ أَيْضًا، فَإِنَّ اللَّحْمَ غَيْرُ حَسَّاسٍ وَالْحَيَوَانُ حَسَّاسٌ مُتَحَرِّكٌ بِالْإِرَادَةِ وَالْبَيْعُ فِيهِ جَائِزٌ مُتَفَاضِلًا بَعْدَ أَنْ يَكُونَ يَدًا يَدًا. فَإِنْ قِيلَ: إِذَا اخْتَلَفَ الْجَنَسَانِ وَلَمْ يَشْمَلْهُمَا الْوِزْنُ جَازَ الْبَيْعُ نَسِيئَةً وَلَيْسَ كَذَلِكَ. أَجِيبَ بِأَنَّ النَّسِيئَةَ إِنْ كَانَتْ فِي الشَّاةِ الْحَيَّةِ فَهُوَ سَلَمٌ فِي الْحَيَوَانِ، وَإِنْ كَانَتْ فِي الْبَدَلِ الْآخَرِ فَهُوَ سَلَمٌ فِي اللَّحْمِ وَكِلَاهُمَا لَا يَجُوزُ.

قَالَ (وَيَجُوزُ بَيْعُ الرُّطْبِ بِالثَّمْرِ مِثْلًا بِمِثْلِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَقَالَا: لَا يَجُوزُ «لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ حِينَ سُئِلَ عَنْهُ أَوْ يَنْقُصُ إِذَا جَفَأَ فَقِيلَ نَعَمْ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: لَا إِذَا»^(١) وَلَهُ أَنَّ الرُّطْبَ تَمَرٌ «لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ حِينَ أَهْدَى إِلَيْهِ رُطْبًا أَوْ كُلَّ تَمَرٍ خَيْرٌ هَكَذَا»^(٢) سَمَاهُ تَمَرًا. وَبِيعُ الثَّمْرِ بِمِثْلِهِ جَائِزٌ لِمَا رَوَيْنَا، وَلَأَنَّهُ لَوْ كَانَ تَمَرًا جَازَ الْبَيْعُ بِأَوَّلِ الْحَدِيثِ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ تَمَرٍ فَبِآخِرِهِ، وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ إِذَا اخْتَلَفَ النُّوعَانِ فَيَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ وَمَدَارُ مَا رَوَيْنَاهُ عَلَى زَيْدِ بْنِ عِيَّاشٍ وَهُوَ ضَعِيفٌ عِنْدَ الثَّقَلَيْنِ.

الشرح:

قَالَ (وَيَجُوزُ بَيْعُ الرُّطْبِ بِالثَّمْرِ مِثْلًا بِمِثْلِ) يَبِيعُ الرُّطْبُ بِالثَّمْرِ مُتَفَاضِلًا لَا يَجُوزُ بِالْإِجْمَاعِ، وَمِثْلًا بِمِثْلِ جَوْرُهُ أَبُو حَنِيفَةَ خَاصَّةً (وَقَالَا: لَا يَجُوزُ لِقَوْلِهِ ﷺ فِي حَدِيثِ

(١) أخرجه أبو داود (٣٣٥٩)، والترمذي في البيوع باب ١٤، والنسائي (٤٢٣٦، ٤٢٣٧).

(٢) سبق تخريجه.

سَعْدُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ حِينَ «سُئِلَ عَنْ يَبَعِ الرُّطْبِ بِالتَّمْرِ وَقَالَ أَيْتَقُصُّ إِذَا جَفَ؟ فَقِيلَ: نَعَمْ، قَالَ: لَا إِذَا» أَيُّ لَا يَجُوزُ عَلَى تَقْدِيرِ التَّقْصَانِ بِالْجَفَافِ. وَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى اشْتِرَاطِ الْمِثَالَةِ فِي أَعْدَالِ الْأَحْوَالِ وَهُوَ مَا بَعْدَ الْجَفَافِ وَبِالْكَيْلِ فِي الْحَالِ لَا يُعْلَمُ ذَلِكَ (قَوْلُهُ: فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ) هُوَ الدَّلِيلُ.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ الْمَنْقُولُ وَالْمَعْقُولُ. أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَأَنَّهُ ﷺ سَمَّى الرُّطْبَ تَمْرًا حِينَ أَهْدَى رُطْبًا فَقَالَ: أَوْكُلُ تَمْرٍ خَيْرٌ هَكَذَا؟ وَيَبَعُ التَّمْرِ بِمِثْلِهِ جَائِزٌ لَمَّا رَوَيْنَا مِنَ الْحَدِيثِ الْمَشْهُورِ، وَأَمَّا الْمَعْقُولُ فَمَا رُوِيَ أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَمَّا دَخَلَ بَعْدَادَ سُئِلَ عَنْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَكَانُوا أَشِدَّاءَ عَلَيْهِ لِمُخَالَفَتِهِ الْخَبَرَ فَاحْتَجَّ بِأَنَّ الرُّطْبَ لَا يَخْلُو إِذَا أَنْ يَكُونَ تَمْرًا أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ تَمْرًا جَازَ الْعَقْدُ بِأَوَّلِ الْحَدِيثِ: يَعْنِي قَوْلَهُ «التَّمْرُ بِالتَّمْرِ» وَإِنْ لَمْ يَكُنْ جَازَ بِقَوْلِهِ «إِذَا اخْتَلَفَ النَّوْعَانِ فَيَبْعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ» فَأُورِدَ عَلَيْهِ حَدِيثُ سَعْدٍ فَقَالَ: هَذَا الْحَدِيثُ دَارَ عَلَى زَيْدِ بْنِ عِيَّاشٍ وَهُوَ ضَعِيفٌ فِي الثَّقَلَةِ.

وَأَسْتَحْسَنُ أَهْلُ الْحَدِيثِ مِنْهُ هَذَا الطَّعْنُ. سَلَمْنَا قُوَّتَهُ فِي الْحَدِيثِ لَكِنَّهُ خَبَرٌ وَاحِدٌ لَا يُعَارِضُ بِهِ الْمَشْهُورُ. وَاعْتَرِضَ بِأَنَّ التَّرْدِيدَ الْمَذْكُورَ يَقْتَضِي جَوَازَ يَبَعِ الْمَقْلِيَّةِ بَعْدَ الْمَقْلِيَّةِ؛ لِأَنَّ الْمَقْلِيَّةَ إِذَا أَنْ تَكُونَ حَنْطَةً فَتَجُوزُ بِأَوَّلِ الْحَدِيثِ أَوْ لَا فَتَجُوزُ بِآخِرِهِ. فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ ذَلِكَ كَلَامٌ حَسَنٌ فِي الْمُنَاطَرَةِ لَدَفْعِ شَعْبِ الْخَصْمِ، وَالْحُجَّةُ لَا تَتِمُّ بِهِ بَلْ بِمَا بَيَّنَّا مِنْ إِطْلَاقِ اسْمِ التَّمْرِ عَلَيْهِ، فَقَدْ ثَبَتَ أَنَّ التَّمْرَ اسْمٌ لِشَرَةِ خَارِجَةٍ مِنَ النَّخْلِ مِنْ حَيْثُ تَنْعَقِدُ صُورَتُهَا إِلَى أَنْ تُذْرِكَ، وَالرُّطْبُ اسْمٌ لِتَوْنٍ مِنْهُ كَالْبَرْنِيِّ وَغَيْرِهِ، وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ إِنَّهُ حَنْطَةٌ (قَوْلُهُ: فَيَجُوزُ بِأَوَّلِ الْحَدِيثِ) قُلْنَا: إِذَا جَازَ أَنْ لَوْ ثَبَتَتْ الْمِثَالَةُ بَيْنَهُمَا كَيْلًا، وَلَا ثَبُتَ لَمَّا قِيلَ إِنَّ الْقَلِيَّ صَنْعَةٌ يُعْرَمُ عَلَيْهَا الْأَعْوَاضُ، فَصَارَ كَمَنْ بَاعَ قَفِيزًا بِقَفِيزٍ وَدَرَاهِمَ.

لَا يُقَالُ ذَلِكَ رَاجِعٌ إِلَى التَّفَاوُتِ فِي الصِّفَةِ وَهُوَ سَاقِطٌ كَالْجَوْدَةِ؛ لِأَنَّ التَّفَاوُتَ الرَّاجِعَ إِلَى صُنْعِ اللَّهِ سَاقِطٌ بِالْحَدِيثِ. وَأَمَّا الرَّاجِعُ إِلَى صُنْعِ الْعِبَادِ فَمُعْتَبَرٌ بِذَلِيلِ اعْتِبَارِهِ بَيْنَ النَّقْدِ وَالنَّسِيبَةِ، فَكُلُّ تَفَاوُتٍ يَنْبَنِي عَلَى صُنْعِ الْعِبَادِ فَهُوَ مُفْسِدٌ كَمَا فِي الْمَقْلِيَّةِ بَعْدَهَا وَالْحَنْطَةِ بِالذَّقِيقِ، وَكُلُّ تَفَاوُتٍ خَلَقِيٍّ فَهُوَ سَاقِطٌ الْعِبْرَةِ كَمَا فِي الرُّطْبِ وَالتَّمْرِ وَالْجَيْدِ وَالرَّدِيِّ

قَالَ (وَكَذَا الْعِنَبُ بِالزَّيْبِ) يَعْنِي عَلَى الْخِلَافِ وَالْوَجْهَ مَا بَيَّنَّاهُ. وَقِيلَ لَا يَجُوزُ بِالِاتِّفَاقِ اعْتِبَارًا بِالْحِنْطَةِ الْمَقْلِيَةِ بِغَيْرِ الْمَقْلِيَةِ، وَالرُّطْبُ بِالرُّطْبِ يَجُوزُ مُتِمَّاتًا كَيْلًا عِنْدَنَا لِأَنَّهُ بَيْعُ الثَّمْرِ بِالثَّمْرِ، وَكَذَا بَيْعُ الْحِنْطَةِ الرُّطْبَةِ أَوْ الْمَبْلُولَةِ بِمِثْلِهَا أَوْ بِالْيَابِسَةِ أَوْ الثَّمْرِ أَوْ الزَّيْبِ الْمُنْقَعِ بِالْمُنْقَعِ مِنْهُمَا مُتِمَّاتًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَجُوزُ جَمِيعُ ذَلِكَ لِأَنَّهُ يُعْتَبَرُ الْمُسَاوَاةُ فِي أَعْدَلِ الْأَحْوَالِ وَهُوَ الْمَالُ، وَأَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَعْتَبِرُهُ فِي الْحَالِ، وَكَذَا أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ عَمَلًا بِإِطْلَاقِ الْحَدِيثِ إِلَّا أَنَّهُ تَرَكَ هَذَا الْأَصْلَ فِي بَيْعِ الرُّطْبِ بِالثَّمْرِ لِمَا رَوَيْنَاهُ لَهُمَا.

وَوَجْهُ الْفَرْقِ لِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ بَيْنَ هَذِهِ الْفُصُولِ وَبَيْنَ الرُّطْبِ بِالرُّطْبِ أَنَّ التَّفَاوُتَ هِيمًا يَظْهَرُ مَعَ بَقَاءِ الْبَدَلَيْنِ عَلَى الْأَسْمِ الَّذِي عُقِدَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ، وَفِي الرُّطْبِ بِالثَّمْرِ مَعَ بَقَاءِ أَحَدِهِمَا عَلَى ذَلِكَ فَيَكُونُ تَفَاوُتًا فِي عَيْنِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ، وَفِي الرُّطْبِ بِالرُّطْبِ التَّفَاوُتُ بَعْدَ زَوَالِ ذَلِكَ الْأَسْمِ فَلَمْ يَكُنْ تَفَاوُتًا فِي الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ فَلَا يُعْتَبَرُ.

الشرح:

وَالْعِنَبُ بِالزَّيْبِ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ بِالْوَجْهِ الْمَذْكُورِ، وَلَعَلَّهُ عَبَّرَ بِالْخِلَافِ دُونَ الْاِخْتِلَافِ إِشَارَةً إِلَى قُوَّةِ دَلِيلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَقِيلَ لَا يَجُوزُ بِالِاتِّفَاقِ اعْتِبَارًا بِالْحِنْطَةِ الْمَقْلِيَةِ بِغَيْرِهَا) وَهَذِهِ الرَّوَايَةُ ثَقْوَى قَوْلِ مَنْ قَالَ الْحُجَّةُ إِنَّمَا تَتِمُّ بِإِطْلَاقِ اسْمِ الثَّمْرِ عَلَيْهِ، فَإِنَّ النَّصَّ لَمَّا وَرَدَ بِإِطْلَاقِ اسْمِ الثَّمْرِ عَلَى الرُّطْبِ جُعِلَا نَوْعًا وَاحِدًا فَجَازَ الْبَيْعُ مِثْلًا بِمِثْلٍ، وَلَمْ يَرَدْ بِإِطْلَاقِ اسْمِ الْعِنَبِ عَلَى الزَّيْبِ فَاعْتَبَرَ فِيهِ التَّفَاوُتُ الصَّنْعِيُّ الْمَفْسُدُ كَمَا فِي الْمَقْلِيَةِ بِغَيْرِهَا، وَالرُّطْبُ بِالرُّطْبِ يَجُوزُ مُتِمَّاتًا كَيْلًا: أَيُّ مِنْ حَيْثُ الْكَيْلُ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لِأَنَّهُ رَبَوِيٌّ يَتَفَاوَتُ فِي أَعْدَلِ الْأَحْوَالِ: أَعْنِي عِنْدَ الْجَفَافِ فَلَا يَجُوزُ كَالْحِنْطَةِ بِالذَّقِيقِ. وَلَنَا أَنَّهُ بَيْعُ الثَّمْرِ بِالثَّمْرِ مُتَسَاوِيًا فَكَانَ جَائِزًا وَكَذَلِكَ بَيْعُ الْحِنْطَةِ الرُّطْبَةِ بِالْحِنْطَةِ الرُّطْبَةِ أَوْ الْحِنْطَةِ الْمَبْلُولَةِ بِالْمَبْلُولَةِ أَوْ الْحِنْطَةِ الرُّطْبَةِ بِالْمَبْلُولَةِ أَوْ الْيَابِسَةِ أَوْ الثَّمْرِ الْمُنْقَعِ بِالْمُنْقَعِ أَوْ الزَّيْبِ الْمُنْقَعِ بِالْمُنْقَعِ، مِنْ أَنْقَعَ إِذَا أُلْقِيَ فِي الْحَايَةِ لِيَبْتَلُ وَتُخْرَجَ مِنْهُ الْحَلَاوَةُ جَائِزٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَجُوزُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ، هُوَ يُعْتَبَرُ الْمُسَاوَاةُ فِي أَعْدَلِ الْأَحْوَالِ وَهُوَ حَالُ الْجَفَافِ، وَمُفْرَعُهُ حَدِيثُ سَعْدٍ، وَأَبُو حَنِيفَةَ يَعْتَبِرُهَا فِي الْحَالِ عَمَلًا بِإِطْلَاقِ الْمَشْهُورِ، وَكَذَلِكَ

أَبُو يُوسُفَ إِلَّا أَنَّهُ تَرَكَ هَذَا الْأَصْلَ فِي بَيْعِ الرُّطْبِ بِالثَّمْرِ لِحَدِيثِ سَعْدِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وَاحْتِاجَ مُحَمَّدٍ إِلَى الْفَرْقِ بَيْنَ هَذِهِ الْفُصُولِ: يَعْنِي بَيْعَ الْحِنْطَةِ الرُّطْبَةِ وَالْمَبْلُولَةِ إِلَى آخِرِهَا، وَبَيْنَ بَيْعِ الرُّطْبِ بِالرُّطْبِ حَيْثُ اعْتَبِرَ الْمُسَاوَاةُ فِيهَا فِي أَعْدَالِ الْأَحْوَالِ وَفِيهِ فِي الْحَالِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ.

وَحَاصِلُهُ أَنَّ التَّفَاوُتَ إِذَا ظَهَرَ مَعَ بَقَاءِ الْبَدَلَيْنِ أَوْ أَحَدِهِمَا عَلَى الْأِسْمِ الَّذِي عُقِدَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ فَهُوَ مُفْسِدٌ لَكَوْنِهِ فِي الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ، وَإِذَا ظَهَرَ بَعْدَ زَوَالِ الْأِسْمِ الَّذِي عُقِدَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ عَنْ الْبَدَلَيْنِ فَلَيْسَ بِمُفْسِدٍ إِذَا لَمْ يَكُنْ تَفَاوُتًا فِي الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ فَلَا يَكُونُ مُعْتَبَرًا.

وَلِقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: هَذَا إِنَّمَا يَسْتَقِيمُ إِذَا كَانَ الْعَقْدُ وَارِدًا عَلَى الْبَدَلَيْنِ بِالتَّسْمِيَةِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ بِالْإِشَارَةِ إِلَى الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ فَلَا؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ هُوَ الذَّاتُ الْمُشَارُ إِلَيْهَا وَهِيَ لَا تَبْدَلُ.

وَلَوْ بَاعَ الْبُسْرَ بِالثَّمْرِ مُتَّفَاضِلًا لَا يَجُوزُ لِأَنَّ الْبُسْرَ ثَمَرٌ، بِخِلَافِ الْكُفْرَى حَيْثُ يَجُوزُ بَيْعُهُ بِمَا شَاءَ مِنَ الثَّمْرِ اثْنَانِ بِوَاحِدٍ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِثَمَرٍ، فَإِنَّ هَذَا الْأِسْمَ لَهُ مِنْ أَوَّلِ مَا تَنَعَّدُ صُورَتُهُ لَا قَبْلَهُ، وَالْكَفْرَى عَدَدِيٌّ مُتَّفَاوِتٌ، حَتَّى لَوْ بَاعَ الثَّمَرُ بِهِ نَسِيتُهُ لَا يَجُوزُ لِلجَهَالَةِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَوْ بَاعَ الْبُسْرَ بِالثَّمْرِ إلخ) بَيْعُ الْبُسْرِ بِالثَّمْرِ مُتَّفَاضِلًا لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ ثَمَرٌ لَمَّا يَبِينُ أَنَّ الثَّمَرَ اسْمٌ لثَمَرَةِ النَّخْلِ مِنْ أَوَّلِ مَا تَنَعَّدُ صُورَتُهُ وَبَيْعُهُ بِهِ مُتَّسَاوِيًا مِنْ حَيْثُ الْكَفْلُ يَدَا يَبْدُ جَائِزٌ بِالْإِجْمَاعِ، وَبَيْعُ الْكُفْرَى بِضَمِّ الْكَافِ وَفَتْحِ الْفَاءِ وَتَشْدِيدِ الرَّاءِ وَهُوَ كُمُ النَّخْلِ سَمِّيَ بِهِ؛ لِأَنَّهُ يَسْتُرُ مَا فِي جَوْفِهِ بِالثَّمْرِ جَائِزٌ مُتَّسَاوِيًا وَمُتَّفَاضِلًا يَدَا يَبْدُ؛ لِأَنَّ الْكُفْرَى لَيْسَ بِثَمَرٍ لَكَوْنِهِ قَبْلَ انْعِقَادِ الصُّورَةِ (قَوْلُهُ: وَالْكَفْرَى عَدَدِيٌّ مُتَّفَاوِتٌ) قِيلَ: هُوَ جَوَابُ سُؤَالِ تَقْرِيرِهِ لَوْ لَمْ يَكُنْ ثَمَرًا لَجَازَ إِسْلَامُ الثَّمْرِ فِي الْكُفْرَى لَكِنَّهُ لَمْ يَجْزُ. وَتَقْرِيرُ الْجَوَابِ أَنَّهُ عَدَدِيٌّ مُتَّفَاوِتٌ بِالصَّغَرِ وَالْكِبَرِ، وَتَفَاوُتٌ أَحَادُهُ فِي الْمَالِيَّةِ فَلَا يَجُوزُ الْإِسْلَامُ فِيهِ لِلجَهَالَةِ.

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الزَّيْتُونِ بِالزَّيْتِ وَالسَّمْسِمِ بِالشَّيْرِجِ حَتَّى يَكُونَ الزَّيْتُ وَالشَّيْرِجُ

أَكْثَرَ مِمَّا فِي الزَّيْتُونِ وَالسَّمْسِمِ فَيَكُونُ الدَّهْنُ بِمِثْلِهِ وَالزِّيَادَةُ بِالتَّجِيرِ لِأَنَّ عِنْدَ ذَلِكَ يَعْرِى عَنِ الرَّبَا إِذَا مَا فِيهِ مِنَ الدَّهْنِ مَوْزُونٌ، وَهَذَا لِأَنَّ مَا فِيهِ لَوْ كَانَ أَكْثَرَ أَوْ مُسَاوِيًا لَهُ، فَالتَّجِيرُ وَبَعْضُ الدَّهْنِ أَوْ التَّجِيرُ وَحْدَهُ فَضْلٌ، وَلَوْ لَمْ يُعْلَمَ مِقْدَارُ مَا فِيهِ لَا يَجُوزُ لَاحْتِمَالِ الرَّبَا، وَالشُّبُهَةُ فِيهِ كَالْحَقِيقَةِ، وَالْجَوُزُ بِدُهْنِهِ وَاللَّبَنُ بِسَمْنِهِ وَالْعَنْبُ بِعَصِيرِهِ وَالتَّمْرُ بِدِبْسِهِ عَلَى هَذَا الِاعْتِبَارِ. وَاخْتَلَفُوا فِي الْقَطَنِ بِغَزَلِهِ، وَالْكَرْبَاسُ بِالْقَطَنِ يَجُوزُ كَيْفَمَا كَانَ بِالْإِجْمَاعِ

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الزَّيْتُونِ بِالزَّيْتِ إلخ) الزَّيْتُونُ مَا يُتَّخَذُ مِنْهُ الزَّيْتُ وَالشَّيْرَجُ الدَّهْنُ الْأَبْيَضُ، وَيُقَالُ لِلْعَصِيرِ قَبْلَ أَنْ يَتَغَيَّرَ شَيْرَجٌ وَهُوَ تَغَرُّبُ شَيْرَةٍ، وَالْمُرَادُ بِهِ هَاهُنَا مَا يُتَّخَذُ مِنَ السَّمْسِمِ. وَاعْلَمْ أَنَّ الْمُجَانَسَةَ بَيْنَ الشَّيْئَيْنِ تَكُونُ تَارَةً بِاعْتِبَارِ الْعَيْنِ وَأُخْرَى بِاعْتِبَارِ مَا فِي الضَّمَنِ. وَلَا يُعْتَبَرُ الثَّانِي مَعَ وُجُودِ الْأَوَّلِ، وَهَذَا جَارَ بَيْعِ قَفِيرِ حِنْطَةٍ عَلَكَةٍ بِقَفِيرِ مُسَوَّسَةٍ مِنْ غَيْرِ اعْتِبَارِ مَا فِي الضَّمَنِ، وَإِذَا لَمْ يُوجَدْ الْأَوَّلُ يُعْتَبَرُ الثَّانِي، وَهَذَا لَمْ يَجْزِ بَيْعُ الْحِنْطَةِ بِالذَّقِيقِ وَالزَّيْتِ مَعَ الزَّيْتُونِ مِنْ هَذَا التَّوَعُّ. فَإِذَا بَاعَ أَحَدُهُمَا بِالْآخَرِ فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ تُعْلَمَ كَمِيَّةُ مَا يُسْتَخْرَجُ مِنَ الزَّيْتُونِ أَوْ لَا.

وَالثَّانِي لَا يَجُوزُ لِتَوْهَمِ الْفَضْلِ الَّذِي هُوَ كَالْحَقِّقِ فِي هَذَا الْبَابِ، وَالْأَوَّلُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ الْمُتَفَصِّلُ أَكْثَرَ أَوْ لَا. وَالثَّانِي لَا يَجُوزُ لِتَحَقُّقِ الْفَضْلِ وَهُوَ بَعْضُ الزَّيْتِ وَالتَّجِيرِ إِنْ نَقَصَ الْمُتَفَصِّلُ عَنِ الْمُسْتَخْرَجِ مِنَ الزَّيْتِ وَالتَّجِيرِ وَحْدَهُ: أَيْ سَاوَاهُ عَلَى تَقْدِيرِ أَنْ يَكُونَ التَّجِيرُ ذَا قِيَمَةٍ، وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ كَمَا فِي الزُّبْدِ بَعْدَ إِخْرَاجِ السَّمَنِ إِذَا كَانَ السَّمْنُ الْخَالِصُ مِثْلَ مَا فِي الزُّبْدِ مِنَ السَّمَنِ فَإِنَّهُ يَجُوزُ، وَهُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، وَالْأَوَّلُ جَائِزٌ لَوْجُودِ الْمُقْتَضِي وَانْتِفَاءِ الْمَانِعِ وَالشَّيْرَجُ بِالسَّمْسِمِ وَالْجَوُزُ بِدُهْنِهِ وَاللَّبَنُ بِسَمْنِهِ وَالْعَنْبُ بِعَصِيرِهِ وَالتَّمْرُ بِدِبْسِهِ عَلَى هَذَا الِاعْتِبَارِ. وَلِقَائِلُ أَنْ يَقُولَ مَثَلًا: السَّمْسِمُ يَشْتَمِلُ عَلَى الشَّيْرَجِ وَالتَّجِيرِ، فِيمَا أَنْ يَكُونَ الْمَجْمُوعُ مَنْظُورًا إِلَيْهِ مِنْ حَيْثُ هُوَ كَذَلِكَ فَيَجِبُ جَوَازُ بَيْعِ الشَّيْرَجِ بِالسَّمْسِمِ مُطْلَقًا؛ لِأَنَّ الشَّيْرَجَ وَزَنْيَّ وَالسَّمْسِمَ كَيْلِيٌّ، أَوْ مِنْ حَيْثُ الْإِفْرَازُ فَيَجُوزُ بَيْعُ السَّمْسِمِ بِالسَّمْسِمِ مُتَفَاضِلًا صَرَفًا لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الدَّهْنِ وَالتَّجِيرِ إِلَى خِلَافِ جَنْسِهِ كَمَا إِذَا بَاعَ كُرَّ حِنْطَةٍ وَكُرَّ شَعِيرٍ بِثَلَاثَةِ أَكْرَارٍ

حِنْطَةً وَكُرَّ شَعِيرٍ أَوْ يَكُونُ أَحَدُهُمَا إِمَّا الدُّهْنُ أَوْ الشَّجِيرُ مَنْظُورًا إِلَيْهِ فَقَطْ، وَالثَّانِي مُتَّفٍ عَادَةً، وَالْأَوَّلُ يُوجِبُ أَنْ لَا يُقَابَلَ الشَّجِيرُ بِشَيْءٍ مِنَ الدُّهْنِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ.

وَالْجَوَابُ أَنَّ الْمَنْظُورَ إِلَيْهِ هُوَ الْمَجْمُوعُ مِنْ حَيْثُ الْإِفْرَادُ، وَلَا يَلْزَمُ جَوَازُ بَيْعِ السَّمْسِمِ بِالسَّمْسِمِ مُتَّفَاضِلًا.

قَوْلُهُ: صَرَفًا لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الدُّهْنِ وَالشَّجِيرِ إِلَى خِلَافِ جَنْسِهِ. قُلْنَا: ذَلِكَ إِذَا كَانَ مُتَّفَعِلِينَ خَلْقَةً كَمَا فِي مَسْأَلَةِ الْإِقْرَارِ لظُهُورِ كَمَالِ الْجَنْسِيَّةِ حِينَئِذٍ وَالدُّهْنُ وَالشَّجِيرُ لَيْسَا كَذَلِكَ. وَاخْتَلَفُوا فِي جَوَازِ بَيْعِ الْقُطْنِ بِغَزَلِهِ مُتَسَاوِيًا فَقِيلَ لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ الْقُطْنَ يَنْقُصُ بِالْغَزْلِ فَهُوَ نَظِيرُ الْحِنْطَةِ بِالْدَّقِيقِ، وَقِيلَ يَجُوزُ؛ لِأَنَّ أَصْلَهُمَا وَاحِدٌ فَكِلَاهُمَا مَوْزُونٌ، وَإِنْ خَرَجَا عَنِ الْوِزْنِ أَوْ خَرَجَ أَحَدُهُمَا مِنَ الْوِزْنِ لَا بَأْسَ بِبَيْعِ وَاحِدٍ بَاثْنَيْنِ، كَذَا فِي فَتَاوَى قَاضِي خَانَ. وَبَيْعُ الْغَزْلِ بِالثُّوبِ جَائِزٌ وَالْكَرْبَاسِ بِالْقُطْنِ جَائِزٌ كَيْفَمَا كَانَ بِالْإِجْمَاعِ، وَهَذَا يُخَالِفُ مَا رُوِيَ عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّ بَيْعَ الْقُطْنِ بِالثُّوبِ لَا يَجُوزُ مُطْلَقًا.

قَالَ (وَيَجُوزُ بَيْعُ اللَّحْمَانِ الْمُخْتَلَفَةِ بَعْضُهَا بِبَعْضٍ مُتَّفَاضِلًا) وَمُرَادُهُ لَحْمُ الْإِبِلِ وَالْبَقَرِ وَالْغَنَمِ؛ فَأَمَّا الْبَقَرُ وَالْجَوَامِيسُ جِنْسٌ وَاحِدٌ، وَكَذَا الْمَعَزُ مَعَ الضَّأْنِ وَكَذَا الْعِرَابُ مَعَ الْبَخَاتِي. قَالَ (وَكَذَلِكَ أَلْبَانُ الْبَقَرِ وَالْغَنَمِ) وَعَنِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهَا جِنْسٌ وَاحِدٌ لَا تَحَادٍ الْمَقْصُودَ. وَلَنَا أَنَّ الْأَصُولَ مُخْتَلَفَةٌ حَتَّى لَا يَكْمُلُ نِصَابُ أَحَدِهِمَا بِالْآخَرِ فِي الزَّكَاةِ، فَكَذَا أَجْزَاؤُهَا إِذَا لَمْ تَتَبَدَّلْ بِالصَّنْعَةِ. قَالَ (وَكَذَا خَلُّ الدَّقْلِ بِخَلِّ الْعِنَبِ) لِلاختلافِ بَيْنَ أَصْلِيهِمَا، فَكَذَا بَيْنَ مَاءَيْهِمَا وَلِهَذَا كَانَ عَصِيرَاهُمَا جِنْسَيْنِ. وَشَعْرُ الْمَعَزِ وَصُوفُ الْغَنَمِ جِنْسَانِ لِاخْتِلَافِ الْمَقَاصِدِ.

الشرح:

قَالَ: (وَيَجُوزُ بَيْعُ اللَّحْمَانِ الْخ) كُلُّ مَا يَكْمُلُ بِهِ نِصَابُ الْآخَرِ مِنَ الْحَيَوَانِ فِي الزَّكَاةِ لَا يُوصَفُ بِاخْتِلَافِ الْجِنْسِ كَالْبَقَرِ وَالْجَوَامِيسِ مُتَّفَاضِلًا. وَعَنْهُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ، وَالْعِرَابُ وَالْبَخَاتِي وَالْمَعَزُ وَالضَّأْنُ فَلَا يَجُوزُ بَيْعُ لَحْمِ أَحَدِهِمَا بِالْآخَرِ مُتَّفَاضِلًا، وَكُلُّ مَا لَا يَكْمُلُ بِهِ نِصَابُ الْآخَرِ فَهُوَ يُوصَفُ بِالْاخْتِلَافِ كَالْبَقَرِ وَالْغَنَمِ فَيَجُوزُ بَيْعُ لَحْمِ أَحَدِهِمَا بِالْآخَرِ مُتَّفَاضِلًا وَكَذَلِكَ الْأَلْبَانُ.

وَعَنْ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ اللَّحْمِ شَيْءٌ وَاحِدٌ وَهُوَ التَّغْدِي وَالتَّقْوِي
فَكَانَ الْجِنْسُ مُتَّحِدًا. وَلَنَا أَنَّهَا فُرُوعُ أَصُولٍ مُخْتَلِفَةٌ لَمَا ذَكَّرْنَا، وَاخْتِلَافُ الْأَصْلُ يُوجِبُ
اخْتِلَافَ الْفَرْعِ ضَرُورَةً كَالْأَذْهَانِ وَمَا ذَكَّرَ مِنَ الْإِتِّحَادِ فِي التَّغْدِي فَذَلِكَ اِغْتِبَارُ الْمَعْنَى
الْعَامِّ كَالطَّعْمِ فِي الْمَطْعُومَاتِ وَالتَّفَكُّهِ فِي الْفَوَاكِهِ، وَالْمُعْتَبَرُ الْإِتِّحَادُ فِي الْمَعْنَى الْخَاصِّ،
وَلَا يُشْكَلُ بِالطُّيُورِ فَإِنَّ بَيْعَ لَحْمٍ بَعْضُهَا بِبَعْضٍ مُتَّفَاضِلًا يَجُوزُ مَعَ اتِّحَادِ الْجِنْسِ؛ لِأَنَّ
ذَلِكَ بِإِغْتِبَارِ أَنَّهُ لَا يُوزَنُ عَادَةً فَلَيْسَ بِوِزْنِيٍّ وَلَا كَيْلِيٍّ فَلَمْ يَتَنَاولْهُ الْقَدْرُ الشَّرْعِيُّ، وَفِي
مِثْلِهِ يَجُوزُ بَيْعُ بَعْضِهِ بِبَعْضٍ مُتَّفَاضِلًا (قَوْلُهُ: إِذَا لَمْ تَبْدَلْ بِالصَّنْعَةِ) قِيلَ مُرَادُهُ أَنَّ اتِّحَادَ
الْأَصُولِ يُوجِبُ اتِّحَادَ الْفُرُوعِ وَالْأَجْزَاءِ إِذَا لَمْ تَبْدَلْ بِالصَّنْعَةِ، فَإِذَا تَبَدَّلَتِ الْأَجْزَاءُ
بِالصَّنْعَةِ تَكُونُ مُخْتَلِفَةً، وَإِنْ كَانَ الْأَصْلُ مُتَّحِدًا كَالْهَرَوِيِّ وَالْمَرْوِيِّ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ
كَلَامَهُ فِي اخْتِلَافِ الْأَصُولِ لَا فِي اتِّحَادِهَا، فَكَأَنَّهُ يَقُولُ: اخْتِلَافُ الْأَصُولِ يُوجِبُ
اخْتِلَافَ الْأَجْزَاءِ إِذَا لَمْ تَبْدَلْ بِالصَّنْعَةِ، وَأَمَّا إِذَا تَبَدَّلَتْ فَلَا تُوجِبُهُ، وَإِنَّمَا تُوجِبُ
الْإِتِّحَادَ، فَإِنَّ الصَّنْعَةَ كَمَا تُؤَثِّرُ فِي تَغْيِيرِ الْأَجْنَاسِ مَعَ اتِّحَادِ الْأَصْلِ كَالْهَرَوِيِّ مَعَ الْمَرْوِيِّ
مَعَ اتِّحَادِهِمَا فِي الْأَصْلِ وَهُوَ الْقَطْنُ كَذَلِكَ تُؤَثِّرُ فِي اتِّحَادِهَا مَعَ اخْتِلَافِ الْأَصْلِ
كَالدَّرَاهِمِ الْمُعْشُوشَةِ الْمُخْتَلِفَةِ الْغِشِّ مِثْلَ الْحَدِيدِ وَالرَّصَاصِ إِذَا كَانَتْ الْفِضَّةُ غَالِبَةً فَإِنَّهَا
مُتَّحِدَةٌ فِي الْحُكْمِ بِالصَّنْعَةِ مَعَ اخْتِلَافِ الْأَصُولِ. قَالَ (وَكَذَا خَلَّ الدَّقْلُ بِخَلِّ الْعِنَبِ
إِلْحُ) الدَّقْلُ هُوَ أَرْدَأُ الثَّمَرِ، وَيَبِيعُ خَلَّهُ بِخَلِّ الْعِنَبِ مُتَّفَاضِلًا جَائِزٌ يَدًا بِيَدٍ وَكَذَا حُكْمُ
سَائِرِ الثُّمُورِ.

وَلَمَّا كَانُوا يَجْعَلُونَ الْخَلَّ مِنَ الدَّقْلِ غَالِبًا أَخْرَجَ الْكَلَامَ عَلَى مَجْرَى الْعَادَةِ، وَإِنَّمَا
جَازَ التَّفَاضُلُ لِلْإِتِّحَادِ بَيْنَ أَصْلَيْهِمَا وَلِهَذَا كَانَ عَصِيرَاهُمَا: يَعْنِي الدَّقْلُ وَالْعِنَبُ
جِنْسَيْنِ بِالْإِجْمَاعِ (وَشَعْرُ الْمَعِزِّ وَصُوفُ الْغَنَمِ جِنْسَانِ لِاخْتِلَافِ الْمَقَاصِدِ) فَجَازَ بَيْعُ
أَحَدِهِمَا بِالْآخَرِ مُتَّفَاضِلًا، وَهَذَا يُشِيرُ إِلَى أَنَّ اخْتِلَافَ الْمَقْصُودِ كَالْتَّبَدُّلِ بِالصَّنْعَةِ فِي
تَغْيِيرِ الْأَجْزَاءِ مَعَ اتِّحَادِ الْأَصْلِ، فَإِنَّ الْمَقْصُودَ هُوَ الْمَقْصُودُ فَاخْتِلَافُهُ يُوجِبُ التَّغْيِيرَ
وَاخْتِلَافُ الْمَقْصُودِ فِيهِمَا ظَاهِرٌ، فَإِنَّ الشَّعْرَ يَتَّخِذُ مِنْهُ الْحَبَالُ الصُّلْبَةُ وَالْمُسُوحُ، وَالصُّوفُ
يَتَّخِذُ مِنْهُ اللَّبُودُ وَاللِّفَافَةُ. لَا يُقَالُ: لَوْ اخْتَلَفَ الْجِنْسُ بِاخْتِلَافِ الْمَقْصُودِ لَمَّا جَازَ بَيْعُ لَبَنِ
الْبَقَرِ بِلَبَنِ الْغَنَمِ مُتَّفَاضِلًا؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهُمَا مُتَّحِدٌ فَكَانَ الْجِنْسُ مُتَّحِدًا؛ لِأَنَّا لَا نُسَلِّمُ

ذَلِكَ، فَإِنَّ لَبَنَ الْبَقَرِ قَدْ يَضُرُّ حِينَ لَا يَضُرُّ لَبَنُ الْغَنَمِ فَلَا يَتَّحِدُ الْقَصْدُ إِلَيْهِمَا. وَالْأَوَّلَى أَنْ يُقَالَ: قُلْنَا إِنَّ اخْتِلَافَ الْمَقْصُودِ قَدْ يُوجِبُ اخْتِلَافَ الْجِنْسِ عِنْدَ اتِّحَادِ الْأَصُولِ، وَلَمْ نَقُلْ اتِّحَادُ الْمَقْصُودِ يُوجِبُ اتِّحَادَ عِنْدَ اخْتِلَافِ الْأَصُولِ، فَلْأَصْلُ أَنْ يُوجِبَ اخْتِلَافُ الْأَصُولِ اخْتِلَافَ الْأَجْزَاءِ وَالْفُرُوعِ إِلَّا عِنْدَ التَّبَدُّلِ بِالصَّنْعَةِ، وَأَنْ يُوجِبَ اتِّحَادُ الْأَصُولِ اتِّحَادَ الْفُرُوعِ إِلَّا عِنْدَ التَّبَدُّلِ بِالصَّنْعَةِ أَوْ اخْتِلَافُ الْمَقْصُودِ بِالْفُرُوعِ وَلَمْ يَظْهَرْ عَلَيْهِ نَقْضٌ، وَمِنْ هَذَا يَتَبَيَّنُ أَنَّهُ مَانِعٌ رَاجِحٌ فَلَا يُعَارِضُهُ اتِّحَادُ الْأَصْلِ، وَيَسْقُطُ مَا قِيلَ شَعْرُ الْمَعْرِ وَصُوفُ الْغَنَمِ بِالنَّظَرِ إِلَى الْأَصْلِ جِنْسٌ وَاحِدٌ وَبِالنَّظَرِ إِلَى الْمَقْصُودِ جِنْسَانِ، وَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَجُوزَ التَّفَاضُلُ بَيْنَهُمَا فِي الْبَيْعِ تَرْجِيحًا لِحَاثِ الْحُرْمَةِ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ رَاجِحٌ.

قَالَ (وَيَجُوزُ بَيْعُ الْخُبْزِ بِالْحِنْطَةِ وَالْدَّقِيقِ مُتَفَاضِلًا) لِأَنَّ الْخُبْزَ صَارَ عَدَدِيًّا أَوْ مَوْزُونًا فَخَرَجَ مِنْ أَنْ يَكُونَ مَكِيلًا مِنْ كُلِّ وَجْهِ وَالْحِنْطَةُ مَكِيلَةٌ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَا خَيْرَ فِيهِ، وَالْفَتْوَى عَلَى الْأَوَّلِ، وَهَذَا إِذَا كَانَا نَقْدَيْنِ؛ فَإِنْ كَانَتِ الْحِنْطَةُ نَسِيئَةً جَازَ أَيْضًا، وَإِنْ كَانَ الْخُبْزُ نَسِيئَةً يَجُوزُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى، وَكَذَا السَّلَمُ فِي الْخُبْزِ جَائِزٌ فِي الصَّحِيحِ، وَلَا خَيْرَ فِي اسْتِقْرَاضِهِ عَدَدًا أَوْ وَزْنًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهُ يَتَفَاوَتُ بِالْخُبْزِ وَالْخَبَازِ وَالتَّنُّورِ وَالتَّقْدِيمِ وَالتَّأَخُّرِ. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ يَجُوزُ بِهِمَا لِلتَّعَامُلِ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَجُوزُ وَزْنًا وَلَا يَجُوزُ عَدَدًا لِلتَّفَاوَتِ فِي أَحَادِهِ.

الشرح:

قَالَ (وَيَجُوزُ بَيْعُ الْخُبْزِ بِالْحِنْطَةِ) يَبْعُ الْخُبْزُ بِالْحِنْطَةِ وَالْدَّقِيقِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ حَالًا كَوْنَهُمَا نَقْدَيْنِ أَوْ حَالًا كَوْنِ أَحَدِهِمَا نَقْدًا وَالْآخَرُ نَسِيئَةً، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ جَازًا؛ لِأَنَّهُ صَارَ عَدَدِيًّا أَوْ مَوْزُونًا فَخَرَجَ عَنْ كَوْنِهِ مَكِيلًا مِنْ كُلِّ وَجْهِ وَالْحِنْطَةُ مَكِيلَةٌ فَاخْتَلَفَ الْجِنْسَانِ وَجَازَ التَّفَاضُلُ (وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى) وَرَوَى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَا خَيْرَ فِيهِ: أَيْ لَا يَجُوزُ، وَالتَّرَكِيبُ لِلْمُبَالَغَةِ فِي التَّنْهِي؛ لِأَنَّهُ نَكْرَةٌ فِي سِيَاقِ التَّنْفِي فَتَعْمُ نَفْيَ جَمِيعِ جِهَاتِ الْخَيْرِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ تَكُونَ الْحِنْطَةُ وَالْدَّقِيقُ نَسِيئَةً أَوْ الْخُبْزُ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ جَازًا؛ لِأَنَّهُ أَسْلَمَ مَوْزُونًا فِي مَكِيلٍ يُمَكِّنُ ضَبْطَ صِفَتِهِ وَمَعْرِفَةَ مِقْدَارِهِ. وَإِنْ كَانَ الثَّانِي جَازًا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لِأَنَّهُ أَسْلَمَ فِي مَوْزُونٍ وَلَا يَجُوزُ

عَنْدَهُمَا لَمَّا نَذَرُ. قَالَ الْمُصَنِّفُ (وَالْفَتَوَى عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ) وَهَذَا يُعْنِي عَنْ قَوْلِهِ وَكَذَا السَّلَامُ فِي الْخُبَرِ جَائِزٌ فِي الصَّحِيحِ: يَعْنِي قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ، وَإِنَّمَا كَانَ الْفَتَوَى عَلَى ذَلِكَ لِحَاجَةِ النَّاسِ، لَكِنْ يَجِبُ أَنْ يُحْتَاطَ وَقْتُ الْقَبْضِ حَتَّى يَقْبُضَ مِنَ الْخُبَرِ الَّذِي سَمِيَ لَثَلَا يَصِيرَ اسْتِبْدَالًا بِالسَّلَامِ فِيهِ قَبْلَ الْقَبْضِ، وَلَا خَيْرَ فِي اسْتِقْرَاضِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ عَدَدًا أَوْ وَزَنًا؛ لِأَنَّهُ يَتَفَاوَتُ بِالْخُبَرِ مِنْ حَيْثُ الطُّوْلُ وَالْعَرْضُ وَالْغَلْظُ وَالرَّقَّةُ، وَبِالْخُبَرِ بِاعْتِبَارِ حَذْفِهِ وَعَدَمِهِ، وَبِالْثُّورِ فِي كَوْنِهِ جَدِيدًا فَيَجِيءُ خُبْرُهُ جَدِيدًا أَوْ عَتِيقًا فَيَكُونُ بِخِلَافِهِ، وَبِالتَّقَدُّمِ وَالتَّأَخُّرِ فَإِنَّهُ فِي أَوَّلِ الثُّورِ لَا يَجِيءُ مِثْلُ مَا فِي آخِرِهِ، وَهَذَا هُوَ الْمَانِعُ عَنْ جَوَازِ السَّلَامِ عَنْدَهُمَا. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَجُوزُ اسْتِقْرَاضُهُ عَدَدًا وَوَزَنًا، ثَرَكُ قِيَاسِ السَّلَامِ فِيهِ لِلتَّعَامُلِ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يَجُوزُ وَزَنًا وَلَا يَجُوزُ عَدَدًا لِلتَّفَاوُتِ فِي آحَادِهِ.

قَالَ (وَلَا رَبًّا بَيْنَ الْمَوْلَى وَصَبِيهِ) لِأَنَّ الْعَبْدَ وَمَا فِي يَدِهِ مِلْكٌ لِمَوْلَاهُ فَلَا يَتَحَقَّقُ الرَّبُّ، وَهَذَا إِذَا كَانَ مَادُونًا لَهُ وَلَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ، فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ مَا فِي يَدِهِ لَيْسَ مِلْكًا لِمَوْلَى عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَهُمَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْغُرْمَاءِ فَصَارَ كَالْأَجْنَبِيِّ فَيَتَحَقَّقُ الرَّبُّ كَمَا يَتَحَقَّقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَكَاتِبِهِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا رَبًّا بَيْنَ الْمَوْلَى وَصَبِيهِ) لَا رَبًّا بَيْنَ الْمَوْلَى وَصَبِيهِ الْمَادُونِ الَّذِي لَا دَيْنَ عَلَيْهِ مُحِيطٌ بِرَقَبَتِهِ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ وَمَا فِي يَدِهِ مِلْكٌ لِمَوْلَاهُ فَلَا يَتَحَقَّقُ الْبَيْعُ وَلَا يَتَحَقَّقُ الرَّبُّ، فَعَدَمُ تَحَقُّقِ الرَّبِّ بَعْدَ وُجُودِ الْبَيْعِ بِحَقِيقَتِهِ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ مُشْتَمِلًا عَلَى شَرَائِطِ الرَّبِّ دَلِيلٌ عَلَى عَدَمِ جَوَازِ الْبَيْعِ (فَإِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ يَتَحَقَّقُ الرَّبُّ؛ لِأَنَّ مَا فِي يَدِهِ لَيْسَ مِلْكًا لِمَوْلَاهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَهُمَا) وَإِنْ كَانَ مِلْكُهُ، لَكِنْ لَمَّا (تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْغُرْمَاءِ) صَارَ كَالْأَجْنَبِيِّ فَيَتَحَقَّقُ الرَّبُّ كَمَا يَتَحَقَّقُ بَيْنَ الْمَكَاتِبِ وَمَوْلَاهُ.

قَالَ (وَلَا بَيْنَ الْمُسْلِمِ وَالْحَرَبِيِّ فِي دَارِ الْحَرْبِ) خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. لَهُمَا الِاعْتِبَارُ بِالْمُسْتَأْمَنِ مِنْهُمْ فِي دَارِنَا. وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا رَبًّا بَيْنَ الْمُسْلِمِ وَالْحَرَبِيِّ فِي دَارِ الْحَرْبِ» وَلَأَنَّ مَا لَهُمْ مُبَاحٌ فِي دَارِهِمْ فَبِأَيِّ طَرِيقٍ أَخَذَهُ الْمُسْلِمُ أَخَذَ مَا لَا مُبَاحًا إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ غَدْرٌ، بِخِلَافِ الْمُسْتَأْمَنِ مِنْهُمْ لِأَنَّ مَا لَهُ صَارَ مَحْظُورًا بِعَقْدِ الْأَمَانِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَبْنِي الْمُسْلِمُ وَالْحَرْبِيُّ فِي دَارِ الْحَرْبِ) لَا رَبًّا بَيْنَ الْمُسْلِمِ وَالْحَرْبِيِّ فِي دَارِ الْحَرْبِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. لُهُمَا الْإِعْتِبَارُ بِالْمُسْتَأْمَنِ مِنْ أَهْلِ الْحَرْبِ فِي دَارِنَا، فَإِنَّهُ إِذَا دَخَلَ الْحَرْبِيُّ دَارِنَا بِأَمَانٍ وَبَاعَ دِرْهَمَيْنِ بِدِرْهَمٍ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ فَكَذَا إِذَا دَخَلَ الْمُسْلِمُ دَارَ الْحَرْبِ وَفَعَلَ ذَلِكَ لَا يَجُوزُ بِجَمَاعٍ تَحْقِيقُ الْفَضْلِ الْخَالِي عَنِ الْعَوَضِ الْمُسْتَحَقِّ بِعَقْدِ الْبَيْعِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ مَا رَوَى مَكْحُولٌ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ «لَا رَبًّا بَيْنَ الْمُسْلِمِ وَالْحَرْبِيِّ فِي دَارِ الْحَرْبِ» ذَكَرَهُ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ؛ وَلَأَنَّ مَالَ أَهْلِ الْحَرْبِ فِي دَارِهِمْ مُبَاحٌ بِالْإِبَاحَةِ الْأَصْلِيَّةِ، وَالْمُسْلِمُ الْمُسْتَأْمَنُ إِنَّمَا مُنِعَ مِنْ أَخْذِهِ لِعَقْدِ الْأَمَانِ حَتَّى لَا يَلْزَمَ الْعَدْرُ، فَإِذَا بَذَلَ الْحَرْبِيُّ مَالَهُ بِرِضَاهُ زَالَ الْمَعْنَى الَّذِي حُظِرَ لِأَجْلِهِ (قَوْلُهُ: بِخِلَافِ الْمُسْتَأْمَنِ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسٍ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الْمُسْتَأْمَنَ مِنْهُمْ فِي دَارِنَا لَا يَحِلُّ لِأَحَدٍ أَخْذَ مَالِهِ؛ لِأَنَّهُ صَارَ مُحْظُورًا بِعَقْدِ الْأَمَانِ وَلِهَذَا لَا يَحِلُّ تَنَاوُلُهُ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ.

بَابُ الْحَقُوقِ

(وَمَنْ اشْتَرَى مَنْزِلًا فَوْقَهُ مَنْزِلٌ فَلَيْسَ لَهُ الْأَعْلَى إِلَّا أَنْ يَشْتَرِيَهُ بِكُلِّ حَقٍّ هُوَ لَهُ أَوْ بِمَرَافِقِهِ أَوْ بِكُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ هُوَ فِيهِ أَوْ مِنْهُ. وَمَنْ اشْتَرَى بَيْتًا فَوْقَهُ بَيْتٌ بِكُلِّ حَقٍّ لَمْ يَكُنْ لَهُ الْأَعْلَى، وَمَنْ اشْتَرَى دَارًا بِحُدُودِهَا فَلَهُ الْعُلُوُّ وَالْكَنِيفُ) جَمَعَ بَيْنَ الْمَنْزِلِ وَالْبَيْتِ وَالْدَّارِ، فَاسْمُ الدَّارِ يَنْتَظِمُ الْعُلُوُّ لِأَنَّهُ اسْمٌ لِمَا أُدِيرَ عَلَيْهِ الْحُدُودُ، وَالْعُلُوُّ مِنْ تَوَابِعِ الْأَصْلِ وَأَجْزَائِهِ فَيَدْخُلُ فِيهِ. وَالْبَيْتُ اسْمٌ لِمَا بَيَّنَّ فِيهِ، وَالْعُلُوُّ مِثْلُهُ، وَالشَّيْءُ لَا يَكُونُ تَبَعًا لِمِثْلِهِ فَلَا يَدْخُلُ فِيهِ إِلَّا بِالتَّصْيِصِ عَلَيْهِ، وَالْمَنْزِلُ بَيْنَ الدَّارِ وَالْبَيْتِ لِأَنَّهُ يَتَأْتِي فِيهِ مَرَافِقُ السُّكْنَى مَعَ ضَرْبِ قُصُورٍ إِذَا لَا يَكُونُ فِيهِ مَنْزِلُ الدَّوَابِّ، فَلَشَبَّهَهُ بِالدَّارِ يَدْخُلُ الْعُلُوُّ فِيهِ تَبَعًا عِنْدَ ذِكْرِ التَّوَابِعِ، وَلَشَبَّهَهُ بِالْبَيْتِ لَا يَدْخُلُ فِيهِ بِدُونِهِ. وَقِيلَ فِي عُرْفِنَا يَدْخُلُ الْعُلُوُّ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ لِأَنَّ كُلَّ مَسْكَنِ يُسَمَّى بِالْفَارِسِيَّةِ خَانَهُ وَلَا يَخْلُو عَنْ عُلُوٍّ، وَكَمَا يَدْخُلُ الْعُلُوُّ فِي اسْمِ الدَّارِ يَدْخُلُ الْكَنِيفُ لِأَنَّهُ مِنْ تَوَابِعِهِ، وَلَا تَدْخُلُ الظِّلَّةُ إِلَّا بِذِكْرِ مَا ذَكَرْنَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهُ مَبْنِيٌّ عَلَى هَوَاءِ الطَّرِيقِ فَأَخَذَ حُكْمَهُ. وَعِنْدَهُمَا إِنْ كَانَ مِفْتَاحُهُ فِي الدَّارِ يَدْخُلُ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ شَيْءٍ مِمَّا ذَكَرْنَا لِأَنَّهُ مِنْ تَوَابِعِهِ فَشَابَهُ الْكَنِيفُ.

الشرح:

(بَابُ الْحُقُوقِ) قِيلَ: كَانَ مِنْ حَقِّ مَسَائِلِ هَذَا الْبَابِ أَنْ تُذَكَّرَ فِي الْفَصْلِ الْمُتَّصِلِ بِأَوَّلِ كِتَابِ الْبَيْعِ، إِلَّا أَنَّ الْمُصَنِّفَ التَّزَمَ تَرْتِيبَ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ الْمُرْتَّبِ بِمَا هُوَ مِنْ مَسَائِلِهِ وَهُنَاكَ هَكَذَا وَقَعَ، وَكَذَا هَاهُنَا، وَلِأَنَّ الْحُقُوقَ تَوَابِعُ فَيَلِيقُ ذِكْرُهَا بَعْدَ ذِكْرِ مَسَائِلِ الْمَتَّبُوعِ. قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى مَنْزِلًا فَوْقَهُ مَنْزِلٌ) ذَكَرَ ثَلَاثَةَ أَسْمَاءٍ: الْمَنْزِلُ وَالْبَيْتُ وَالْدَّارُ، فَسَرَّهُ لِيُبينَ مَا يَتَرْتَّبُ عَلَى كُلِّ اسْمٍ مِنْهَا مِنَ الْاِحْتِيَاجِ إِلَى تَصْرِيحٍ مَا يَدُلُّ عَلَى الْمَرَافِقِ لِدُخُولِهَا وَعَدَمِهِ. قَالَ: الدَّارُ اسْمٌ لِمَا أُدِيرَ عَلَيْهِ الْحُدُودُ، وَالْبَيْتُ اسْمٌ لِمَا يُبَاتُ فِيهِ، وَالْمَنْزِلُ بَيْنَ الْبَيْتِ وَالْدَّارِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَأَتَّى فِيهِ مَرَافِقُ السُّكْنَى مَعَ ضَرْبِ قُصُورٍ لَعَدَمِ اشْتِمَالِهِ عَلَى مَنْزِلِ الدَّوَابِّ.

وَإِذَا عُرِفَ هَذَا فَمَنْ اشْتَرَى مَنْزِلًا فَوْقَهُ مَنْزِلٌ لَا يَدْخُلُ الْأَعْلَى فِي الْعَقْدِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِيَهُ، وَيُصْرَحُ بِذِكْرِ إِحْدَى هَذِهِ الْعِبَارَاتِ الثَّلَاثِ بِأَنْ يَقُولَ: بِكُلِّ حَقٍّ هُوَ لَهُ أَوْ بِمَرَافِقِهِ، أَوْ بِكُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ هُوَ فِيهِ أَوْ مِنْهُ (وَمَنْ اشْتَرَى بَيْتًا فَوْقَهُ بَيْتٌ) وَذَكَرَ إِحْدَى الْعِبَارَاتِ الثَّلَاثِ (لَمْ يَدْخُلِ الْأَعْلَى. وَمَنْ اشْتَرَى دَارًا بِحُدُودِهَا) وَلَمْ يَذْكُرْ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ (دَخَلَ فِيهِ الْعُلُوُّ وَالْكِنِيفُ) وَهَذَا؛ لِأَنَّ الدَّارَ لِمَا كَانَ اسْمًا لِمَا أُدِيرَ عَلَيْهِ الْحُدُودُ وَالْعُلُوُّ لَيْسَ بِخَارِجٍ عَنْهَا وَإِنَّمَا هُوَ مِنْ تَوَابِعِ الْأَصْلِ وَأَجْزَائِهِ دَخَلَ فِيهِ، وَالْبَيْتُ اسْمٌ لِمَا يُبَاتُ فِيهِ، وَالْعُلُوُّ مِثْلُهُ فَلَا يَدْخُلُ فِيهِ إِلَّا بِالتَّنْصِيفِ بِذِكْرِهِ، وَإِلَّا لَكَانَ الشَّيْءُ تَابِعًا لِمِثْلِهِ، وَهُوَ لَا يَجُوزُ. وَلَا يُشْكَلُ بِالْمُسْتَعِيرِ، فَإِنَّ لَهُ أَنْ يُعَبَّرَ فِيْمَا لَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِ وَالْمُكَاتِبِ، فَإِنَّ لَهُ أَنْ يُكَاتَبَ؛ لِأَنَّ الْمُرَادَ بِالتَّبَعِيَّةِ هَاهُنَا أَنْ يَكُونَ الْلفْظُ الْمَوْضُوعُ لَشَيْءٍ يَتَّبِعُهُ مَا هُوَ مِثْلُهُ فِي الدُّخُولِ تَحْتَ الدَّلَالَةِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِلَفْظٍ عَامٍّ يَتَنَاولُ الْأَفْرَادَ، إِذْ فَرَضُ الْمَسْأَلَةِ فِي مَعْلُومٍ، وَلَا مِنْ لَوَازِمِهِ، وَلَيْسَ فِي الْإِعَارَةِ وَالْكِتَابَةِ ذَلِكَ فَإِنَّ لَفْظَ الْمُعِيرِ أَعْرَثَكَ لَمْ يَتَنَاولْ عَارِيَّةَ الْمُسْتَعِيرِ أَصْلًا لَا تَبَعًا وَلَا أَصَالَةً، وَإِنَّمَا مَلَكَ الْإِعَارَةَ؛ لِأَنَّهَا تَمْلِكُ الْمَنَافِعَ.

وَمَنْ مَلَكَ شَيْئًا جَازَ أَنْ يُمْلِكَهُ لغيرِهِ، وَإِنَّمَا لَا يُمْلِكُ فِيْمَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِ حَدَرًا مِنْ وَقُوعِ التَّغْيِيرِ بِهِ، وَالْمُكَاتِبُ لِمَا أُخْتَصَّ بِمَكَاسِيهِ كَانَ أَحَقَّ بِتَصَرُّفٍ مَا يُوَصِّلُهُ إِلَى مَقْصُودِهِ وَفِي كِتَابَةِ عِنْدِهِ تَسَبُّبٌ إِلَى مَا يُوَصِّلُهُ إِلَى ذَلِكَ فَكَانَتْ جَائِزَةً.

وَأَمَّا الْمَنْزِلُ فَلَمَّا كَانَ شَيْهًا بِكُلِّ مِنْهُمَا أَخَذَ حَظًّا مِنَ الْجَانِبَيْنِ فَلَشَبَهُهُ بِالْدَّارِ يَدْخُلُ
 الْعُلُوُّ فِيهِ تَبَعًا عِنْدَ ذِكْرِ التَّوَابِعِ، وَلَشَبَهُهُ بِالْبَيْتِ لَا يَدْخُلُ بِدُونِهِ. (وَقِيلَ فِي عُرْفِنَا يَدْخُلُ
 الْعُلُوُّ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ) أَيُّ الدَّارِ وَالْبَيْتِ وَالْمَنْزِلِ؛ لِأَنَّ كُلَّ بَيْتٍ يُسَمَّى خَانَهُ وَلَا يَخْلُو
 عَنْ عُلُوٍّ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ الْخُلُوَّ وَعَدَمَهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَدْخَلٌ فِي الدَّلِيلِ، وَيُقَالُ مَعْنَاهُ أَنَّ
 الْبَيْتَ فِي عُرْفِنَا لَا يَخْلُو عَنْ عُلُوٍّ، وَأَنَّهُ يَدْخُلُ فِي عُرْفِنَا فَكَانَ الدَّلِيلُ الدَّالُّ مِنْ حَيْثُ
 اللَّغَةُ عَلَى عَدَمِ الدُّخُولِ مَثْرُوكًا بِالْعُرْفِ وَكَمَا يَدْخُلُ الْعُلُوُّ فِي اسْمِ الدَّارِ يَدْخُلُ
 الْكَنِيفُ وَهُوَ الْمُسْتَرَاخُ؛ لِأَنَّهُ مِنْ تَوَابِعِهِ، وَلَا تَدْخُلُ الظُّلَّةُ وَهُوَ السَّابِاطُ الَّذِي يَكُونُ أَخَذَ
 طَرَفِيهِ عَلَى الدَّارِ الْمِيعَةِ وَالطَّرَفُ الْآخَرُ عَلَى دَارٍ أُخْرَى أَوْ عَلَى الْأُسْطُوَانَاتِ فِي السَّكَّةِ
 وَمِفْتَاحُهُ فِي الدَّارِ، كَذَا فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِقَاضِي خَانَ وَفِي الْمَغْرِبِ. وَقَوْلُ الْفُقَهَاءِ ظُلَّةُ
 الدَّارِ يُرِيدُونَ السُّدَّةَ الَّتِي فَوْقَ الْبَابِ إِلَّا بِذِكْرِ مَا ذَكَّرْنَا وَهُوَ قَوْلُهُ: بِكُلِّ حَقٍّ هُوَ لَهُ
 عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لِأَنَّهُ مَبْنِيٌّ عَلَى هَوَاءِ الطَّرِيقِ فَأَخَذَ حُكْمَهُ. وَعِنْدَهُمَا إِنْ كَانَ مِفْتَاحُهُ
 فِي الدَّارِ يَدْخُلُ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ شَيْءٍ مِمَّا ذَكَّرْنَا: يَعْنِي مِنَ الْعِبَارَاتِ الْمَذْكُورَةِ؛ لِأَنَّهُ مِنْ
 تَوَابِعِهِ فَشَابَهُ الْكَنِيفُ. وَقَوْلُهُ: إِنْ كَانَ مِفْتَاحُهُ فِي الدَّارِ يُضْعَفُ قَوْلُ قَاضِي خَانَ فِي
 تَعْرِيفِ الظُّلَّةِ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ الْمِفْتَاحَ فِي الدَّارِ.

قَالَ: وَمَنْ اشْتَرَى بَيْتًا فِي دَارٍ أَوْ مَنْزِلًا أَوْ مَسْكَنًا لَمْ يَكُنْ لَهُ الطَّرِيقُ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِيَهُ
 بِكُلِّ حَقٍّ هُوَ لَهُ أَوْ بِمَرَافِقِهِ أَوْ بِكُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ، (وَكَذَا الشَّرْبُ وَالْمَسِيلُ) لِأَنَّهُ خَارِجُ
 الْحُدُودِ إِلَّا أَنَّهُ مِنَ التَّوَابِعِ فَيَدْخُلُ بِذِكْرِ التَّوَابِعِ، بِخِلَافِ الْإِجَارَةِ لِأَنَّهُا تُعَقَّدُ لِلانْتِفَاعِ
 فَلَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا بِهِ، إِذَا الْمُسْتَأْجِرُ لَا يَشْتَرِي الطَّرِيقَ عَادَةً وَلَا يَسْتَأْجِرُهُ فَيَدْخُلُ تَحْصِيلًا
 لِلْفَائِدَةِ الْمَطْلُوبَةِ مِنْهُ، أَمَّا الْانْتِفَاعُ بِالْمَبِيعِ مُمَكِّنٌ بِدُونِهِ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَّ عَادَةً يَشْتَرِيهِ، وَقَدْ
 يَتَجَرُّ فِيهِ فَيَبِيعُهُ مِنْ غَيْرِهِ فَحَصَلَتِ الْفَائِدَةُ، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى بَيْتًا فِي دَارٍ أَوْ مَنْزِلًا أَوْ مَسْكَنًا لَمْ يَكُنْ لَهُ الطَّرِيقُ) إِلَّا أَنْ
 يَذْكُرَ إِحْدَى الْعِبَارَاتِ الثَّلَاثِ (وَكَذَا الشَّرْبُ وَالْمَسِيلُ)؛ لِأَنَّهُ خَارِجُ الْحُدُودِ لَكِنَّهُ مِنَ
 التَّوَابِعِ فَلَمْ يَدْخُلْ فِيهِ نَظَرًا إِلَى الْأَوَّلِ، وَدَخَلَ بِذِكْرِ التَّوَابِعِ: أَيُّ بِقَوْلِهِ كُلُّ حَقٍّ نَظَرًا إِلَى
 الثَّانِي (بِخِلَافِ الْإِجَارَةِ) فَإِنَّ الطَّرِيقَ تُدْخِلُ اسْتِجَارَ الدُّورِ وَالْمَسِيلِ وَالشَّرْبِ فِي

اسْتَجَارِ الْأَرْضِي وَإِنْ لَمْ تُذَكَّرِ الْحُقُوقُ وَالْمَرَافِقُ؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ تَنْعَقِدُ لِتَمْلِكِ الْمَنَافِعَ، وَلِهَذَا لَا تَصِحُّ فِيمَا لَا يُتَنَفَّعُ بِهِ فِي الْحَالِ كَالْأَرْضِ السَّيْخَةِ وَالْمُهْرِ الصَّغِيرِ، وَبِالْإِنْتِفَاعِ بِالْذَّارِ بِذَوْنِ الطَّرِيقِ وَبِالْأَرْضِ بِذَوْنِ الشَّرْبِ وَالْمَسِيلِ لَا يَتَحَقَّقُ إِذْ الْمُسْتَأْجِرُ لَا يَشْتَرِي الطَّرِيقَ عَادَةً وَلَا يَسْتَأْجِرُهُ فَلَا بُدَّ مِنَ الدُّخُولِ تَحْصِيلًا لِلْفَائِدَةِ الْمَطْلُوبَةِ مِنْهُ.

وَأَمَّا الْبَيْعُ فَلَتَمْلِكِ الْعَيْنُ لَا الْمَنْفَعَةَ، وَلِهَذَا يَجُوزُ بَيْعُ مَا لَا يُتَنَفَّعُ بِهِ فِي الْحَالِ كَالْأَرْضِ السَّيْخَةِ وَالْمُهْرِ، وَالْإِنْتِفَاعُ بِالْمَبِيعِ مُمَكِّنٌ بِذَوْنِهِ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ يَشْتَرِي الطَّرِيقَ وَالشَّرْبَ وَالْمَسِيلَ عَادَةً، وَوَحْدَ الضَّمِيرِ لِكُلِّ وَاحِدٍ أَوْ بِتَأْوِيلِ الْمَذْكُورِ، وَقَدْ يَسْتَأْجِرُهَا أَيْضًا، وَقَدْ تَكُونُ مَقْصُودَةً لِتَجَارَةٍ قَبِيْعُهُ مِنْ غَيْرِهِ فَحَصَلَتْ الْفَائِدَةُ الْمَطْلُوبَةُ.

بَابُ الْأَسْتِحْقَاقِ

(وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً فَوَلَدَتْ عِنْدَهُ فَاسْتَحَقَّهَا رَجُلٌ بَيِّنَةٌ فَإِنَّهُ يَأْخُذُهَا وَوَلَدَهَا، وَإِنْ أَقَرَّ بِهَا لِرَجُلٍ لَمْ يَتَبَعَهَا وَلَدَهَا) وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ الْبَيِّنَةَ حُجَّةٌ مُطْلَقَةٌ فَإِنَّهَا كَأَسْمِهَا مُبَيِّنَةٌ فَيُظْهَرُ بِهَا مِلْكُهُ مِنَ الْأَصْلِ وَالْوَلَدُ كَانَ مُتَصِلًا بِهَا فَيَكُونُ لَهُ، أَمَّا الْإِقْرَارُ حُجَّةٌ قَاصِرَةٌ يَثْبُتُ الْمِلْكُ فِي الْمَخْبَرِ بِهِ ضَرُورَةً صِحَّةَ الْإِخْبَارِ، وَقَدْ انْدَقَعَتْ بِإِثْبَاتِهِ بَعْدَ الْانْفِصَالِ فَلَا يَكُونُ الْوَلَدُ لَهُ. ثُمَّ قِيلَ: يَدْخُلُ الْوَلَدُ فِي الْقَضَاءِ بِالْأُمِّ تَبَعًا، وَقِيلَ يُشْتَرِطُ الْقَضَاءُ بِالْوَلَدِ وَإِلَيْهِ تُسِيرُ الْمَسَائِلُ، فَإِنَّ الْقَاضِيَ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِالزَّوَائِدِ. قَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا تَدْخُلُ الزَّوَائِدُ فِي الْحُكْمِ، فَكَذَا الْوَلَدُ إِذَا كَانَ فِي يَدِ غَيْرِهِ لَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْحُكْمِ بِالْأُمِّ تَبَعًا.

الشرح:

(بَابُ الْأَسْتِحْقَاقِ): ذَكَرَ هَذَا الْبَابَ عَقِيبَ بَابِ الْحُقُوقِ لِلْمُنَاسَبَةِ الَّتِي يَنْتَهَمَا لَفْظًا وَمَعْنَى. قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً فَوَلَدَتْ عِنْدَهُ) لَا بِاسْتِيلَادِهِ (فَاسْتَحَقَّهَا رَجُلٌ بَيِّنَةٌ فَإِنَّهُ يَأْخُذُهَا وَوَلَدَهَا) وَإِنْ أَقَرَّ الْمُشْتَرِيَ بِهَا لِرَجُلٍ لَمْ يَتَبَعَهَا وَلَدَهَا. وَوَجْهُ الْفَرْقِ مَا ذَكَرَهُ أَنَّ الْبَيِّنَةَ حُجَّةٌ مُطْلَقَةٌ فِي حَقِّ النَّاسِ كَافَّةً، وَلِهَذَا إِذَا أَقَامَهَا وَلَمْ يَجْزِ الْبَيْعُ يَرْجِعُ الْمُشْتَرِيَ بِالْثَمَنِ عَلَى الْبَائِعِ وَتَرُدُّ جَمِيعُ الْبَاعَةِ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ فَيُظْهَرُ بِهَا مِلْكُهُ مِنَ الْأَصْلِ وَالْوَلَدُ كَانَ مُتَصِلًا بِهَا وَيَتَفَرَّغُ عَنْهَا وَهِيَ مَمْلُوكَةٌ فَيَكُونُ لَهُ. وَأَمَّا الْإِقْرَارُ فَحُجَّةٌ قَاصِرَةٌ لَا بُدَّ مِنَ الْوَلَايَةِ عَلَى الْغَيْرِ يَثْبُتُ الْمِلْكُ فِي الْمَخْبَرِ بِهِ ضَرُورَةً صِحَّةَ

الإخبار؛ لأن الإقرار إخبار والإخبار لا بُدَّ له من مخبر به، والثابت بالضرورة يتقدَّر بقدر الضرورة وهي تندفع بإثباته بعد الانفصال فيقتصر على الحال فلا يظهر ملك المستحق من الأصل، ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن ولا الباعة بعضهم على بعض فلا يكون الولد له؛ يعني إذا لم يدع المقر له الولد، أمّا إذا ادعى الولد كان له؛ لأن الظاهر أنّه له، كذا في النهاية نقلاً عن التمرتاشي. ثم إذا قضي بالأم للمستحق بالبيّنة هل يدخل الولد في القضاء بالأم تبعاً أم لا؟ قيل يدخل لتبعيته لها، وقيل يشترط القضاء بالولد على حدة؛ لأنّه يوم القضاء منفصل عن الأم فكان مستبداً فلا بُدَّ من الحكم به، قيل وهو الأصح؛ لأن المسائل تشير إلى ذلك. قال محمد رحمه الله: إذا قضى القاضي بالأصل ولم يعرف الزوائد لم تدخل الزوائد تحت الحكم وكذا الولد إذا كان في يد رجل غائب فالقضاء بالأم لا يكون قضاء بالولد.

قال (ومن اشترى عبداً فإذا هو حرٌّ وقد قال العبد للمشتري اشترني فإنني عبد له)، فإن كان البائع حاضراً أو غائباً غيبته معروفةً لم يكن على العبد شيء، وإن كان البائع لا يدرى أين هو رجع المشتري على العبد ورجع هو على البائع

الشرح:

قال (ومن اشترى عبداً فإذا هو حرٌّ إلخ) رجلٌ قال لآخر اشترني فإنني عبد فاشتراه فإذا هو حرٌّ فلا يخلو إمّا أن يكون البائع حاضراً أو غائباً غيبته معروفةً (وإمّا أن يكون غائباً غيبته منقطعة لا يدرى أين هو) فإن كان الأول فليس له على العبد شيء، وإن كان الثاني رجع المشتري على العبد والعبد على البائع، وإن لم يقل إنني عبد ليس على العبد شيء في قولهم.

وإن ارتهن عبداً مقراً بالعبودية فوجده حرّاً لم يرجع عليه على كل حال. وعن أبي يوسف رحمه الله أنّه لا يرجع فيهما لأن الرجوع بالمعاوضة أو بالكفالة والموجود ليس إلا الإخبار كاذباً فصار كما إذا قال الأجنبي ذلك أو قال العبد ارتهني فإنني عبد وهي المسألة الثانية. ولهما أن المشتري شرع في الشراء معتمداً على ما أمره وإقراره أنّي عبد، إذ القول له في الحرية فيجعل العبد بالأمر بالشراء ضامناً للثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للغرور والضرر، ولا تعذر إلا فيما لا يعرف مكانه، والبيع عقد

مُعَاوَضَتِهِ فَأَمَكَنَ أَنْ يُجْعَلَ الْأَمْرُ بِهِ ضَامِنًا لِلسَّلَامَةِ كَمَا هُوَ مُوجِبُهُ، بِخِلَافِ الرُّهْنِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُعَاوَضَتِهِ بَلْ هُوَ وَثِيقَةٌ لَاسْتِيفَاءِ عَيْنِ حَقِّهِ حَتَّى يَجُوزَ الرُّهْنُ بِبَدَلِ الصَّرْفِ وَالْمُسْلَمِ فِيهِ مَعَ حُرْمَةِ الِاسْتِبدَالِ فَلَا يُجْعَلُ الْأَمْرُ بِهِ ضَامِنًا لِلسَّلَامَةِ، وَبِخِلَافِ الْأَجْنَبِيِّ لِأَنَّهُ لَا يُعْبَأُ بِقَوْلِهِ فَلَا يَتَحَقَّقُ الْغُرُورُ. وَنَظِيرُ مَسْأَلَتِنَا قَوْلُ الْمَوْلَى بَايَعُوا عَبْدِي هَذَا فَإِنِّي قَدْ أَذِنْتُ لَهُ ثُمَّ ظَهَرَ الِاسْتِحْقَاقُ فَإِنَّهُمْ يَرْجِعُونَ عَلَيْهِ بِقِيَمَتِهِ، ثُمَّ فِي وَضْعِ الْمَسْأَلَةِ ضَرْبُ إِشْكَالٍ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّ الدَّعْوَى شَرْطٌ فِي حُرِّيَّةِ الْعَبْدِ عِنْدَهُ، وَالتَّنَاقُضُ يُفْسِدُ الدَّعْوَى. وَقِيلَ إِذَا كَانَ الْوَضْعُ فِي حُرِّيَّةِ الْأَصْلِ فَالدَّعْوَى فِيهَا لَيْسَ بِشَرْطٍ عِنْدَهُ لِتَضَمُّنِهِ تَحْرِيمَ فَرْجِ الْأُمِّ. وَقِيلَ هُوَ شَرْطٌ لَكِنْ التَّنَاقُضُ غَيْرُ مَانِعٍ لَخَفَاءِ الْعُلُوقِ وَإِنْ كَانَ الْوَضْعُ فِي الْإِعْتَاقِ فَالتَّنَاقُضُ لَا يَمْنَعُ لَاسْتِبدَادِ الْمَوْلَى بِهِ فَصَارَ كَالْمُخْتَلَعَةِ تُقِيمُ الْبَيْتَةَ عَلَى الطَّلَاقِ الثَّلَاثِ قَبْلَ الْخُلْعِ وَالْمَكَاتِبِ يُقِيمُهَا عَلَى الْإِعْتَاقِ قَبْلَ الْكِتَابَةِ.

الشرح:

وَإِنْ قَالَ ارْتَهَنِي فَإِنِّي عَبْدٌ فَوَجَدَهُ حُرًّا لَمْ يَرْجِعِ الْمُرْتَهِنُ عَلَى الْعَبْدِ بِحَالٍ: أَيْ سَوَاءً كَانَ الرَّاهِنُ حَاضِرًا أَوْ غَائِبًا أَيْ غَيْبَةً كَانَتْ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ عَلَى الْعَبْدِ فِي الْبَيْعِ وَالرُّهْنِ؛ لِأَنَّ الرُّجُوعَ فِي هَذَا الْعَقْدِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ بِالْمُعَاوَضَةِ أَوْ بِالْكَفَالَةِ وَلَيْسَ شَيْءٌ مِنْهُمَا بِمَوْجُودٍ، وَإِنَّمَا الْمَوْجُودُ هُوَ الْإِخْبَارُ كَاذِبًا فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ الْأَجْنَبِيُّ ذَلِكَ أَوْ قَالَ ارْتَهَنِي فَإِنِّي عَبْدٌ وَهِيَ الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ. وَلَهُمَا أَنْ الْمُشْتَرِي اعْتَمَدَ فِي شَرَايِهِ عَلَى أَمْرِهِ بِقَوْلِهِ اشْتَرَيْتَنِي وَإِقْرَارِهِ بِالْعُبُودِيَّةِ بِقَوْلِهِ فَإِنِّي عَبْدٌ إِذْ الْقَوْلُ قَوْلُهُ: فِي الْحُرِّيَّةِ، فَحِينَ أَقْرَأَ بِالْعُبُودِيَّةِ غَلَبَ ظَنُّ الْمُشْتَرِي بِذَلِكَ وَالْمُعْتَمِدُ عَلَى الشَّيْءِ بِأَمْرِ الْغَيْرِ وَإِقْرَارِهِ مَعْرُورٌ مِنْ جِهَتِهِ وَالْعُرُورُ فِي الْمُعَاوَضَاتِ الَّتِي تَقْتَضِي سَلَامَةَ الْعَوْضِ يُجْعَلُ سَبَبًا لِلضَّمَانِ دَفْعًا لِلْعُرُورِ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ كَمَا فِي الْمَوْلَى إِذَا قَالَ لِأَهْلِ السُّوقِ هَذَا عَبْدِي وَقَدْ أَذِنْتُ لَهُ فِي التَّجَارَةِ فَبَايَعُوهُ فَبَايَعُوهُ وَلِحَقِّقَتُهُ دُيُونٌ ثُمَّ ظَهَرَ أَنَّهُ حُرٌّ فَإِنَّهُمْ يَرْجِعُونَ عَلَى الْمَوْلَى بِدُيُونِهِمْ بِقَدْرِ قِيَمَتِهِ بِحُكْمِ الْعُرُورِ، وَهَذَا غُرُورٌ وَقَعَ فِي عَقْدِ الْمُعَاوَضَةِ، وَالْعَبْدُ بَظُهُورِ حُرِّيَّتِهِ أَهْلٌ لِلضَّمَانِ فَيُجْعَلُ ضَامِنًا لِلثَّمَنِ عِنْدَ تَعَذُّرِ رُجُوعِهِ عَلَى الْبَائِعِ دَفْعًا لِلزَّرَرِ وَلَا تَعَذُّرٌ إِلَّا فِيمَا لَا يُعْرَفُ مَكَانُهُ.

(قوله: والبيع عقد معاوضة) إنما صرح به مع كونه معلوماً من قوله إن المشتري شرع في الشراء تمهيداً للجواب عن الرهن واهتماماً ببيان اختصاص موجبة الغرور للضمان بالمعاوضات ولهذا قالوا: إن الرجل إذا سأل غيره عن أمن الطريق فقال أسلك هذا الطريق فإنه آمن فسلكه فإذا فيه لصوص سلبوا أمواله لم يضمن المخبر شيئاً لما أنه غرور فيما ليس بمعاوضة، وكذلك لو قال: كل هذا الطعام فإنه غير مسموم فأكل فمات فظهر بخلافه لكونه تغريراً في غير المعاوضة، وإذا عرف هذا ظهر الفرق بين البيع والرهن فإنه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه ولهذا جاز الرهن ببدي الصرف والمسلم فيه. وإذا هلك يقع فيه الاستيفاء، ولو كان معاوضة لكان استبدالاً برأس مال السلم أو بالمسلم فيه وهو حرام، وإذا لم يكن معاوضة لم يجعل الأمر به ضماناً للسلامة، وبخلاف الأجنبي فإنه لا معتبر بقوله فلا يتحقق الغرور.

ثم في وضع المسألة ضرب إشكال على قول أبي حنيفة رحمه الله وهو أن الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقص يفسد الدعوى، والعبد بعدما قال اشتري فإنني عبد إما أن يدعي الحرية أو لا، والأول تناقض والثاني ينتفي به شرط الحرية. والجواب أن قول محمد فإذا العبد حرّ يحتمل حرية الأصل والحرية بعقار عارض، فإن أراد الأول فله وجهان: أحدهما ما قاله عامة المشايخ إن الدعوى ليست بشرط فيها عنده لتضمنه تحریم فرج الأم؛ لأن الشهود في شهادتهم محتاجون إلى تعيين الأم وفي ذلك تحریمها وتحریم أحواتها وبناتها، فإنه إذا كان حرّ الأصل كان فرج الأم على مولاه حراماً وحرمة الفرّج من حقوق الله تعالى، والدعوى ليست بشرط كما في عتق الأمة، وإذا لم تكن الدعوى شرطاً لم يكن التناقص مانعاً.

والثاني ما قاله بعض المشايخ: إن الدعوى وإن كانت شرطاً في حرية الأصل أيضاً عنده لكن يغدر في التناقص لحفاء حال العلوق، وكل ما كان مبناه على الحفاء فالتناقص فيه معفو كما نذكر، وإن أراد الثاني فله الوجه الثاني وهو أن يقال التناقص لا يمنع صحة الدعوى في العتق لبنائه على الحفاء إذ المولى يستند به، فربما لا يعلم العبد إعتاقه ثم يعلم بعد ذلك كالمختلعة تُقيم البيّنة على الطلقات الثلاث قبل الخلع

فَإِنَّهَا تُقْبَلُ مِنْهَا؛ لِأَنَّ الزَّوْجَ يَنْفَرِدُ بِالطَّلَاقِ فَرُبَّمَا لَمْ تَكُنْ عَالِمَةً عِنْدَ الْخُلْعِ ثُمَّ عَلِمَتْ.
وَأَمَّا قَيْدُ الثَّلَاثِ؛ لِأَنَّهُ فِيمَا دُونَهُ أَمَكْنُ أَنْ يُقِيمَ الزَّوْجُ بَيِّنَةً أَنَّهُ قَدْ تَزَوَّجَهَا بَعْدَ الطَّلَاقِ
الَّذِي أَثْبَتَهُ الْمَرْأَةُ بِبَيِّنَتِهَا قَبْلَ يَوْمٍ أَوْ يَوْمَيْنِ، وَأَمَّا فِي الثَّلَاثِ فَلَا يُمَكِّنُ ذَلِكَ، وَكَذَا
الْمَكَّاتُ يُقِيمُهَا عَلَى الْإِعْتِقَاقِ قَبْلَ الْكِتَابَةِ. ثُمَّ الْمَرْأَةُ وَالْمَكَّاتُ يَسْتَرِدَّانِ بَدَلَ الْخُلْعِ
وَالْكِتَابَةِ بَعْدَ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ عَلَى مَا ادَّعِيَاهُ.

قَالَ (وَمَنْ ادَّعَى حَقًّا فِي دَارٍ مَعْنَاهُ حَقًّا مَجْهُولًا) فَصَالِحُهُ الَّذِي فِي يَدِهِ عَلَى مِائَةِ
دِرْهَمٍ فَاسْتَحَقَّتِ الدَّارُ إِلَّا ذِرَاعًا مِنْهَا لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ) لِأَنَّ لِلْمُدَّعِي أَنْ يَقُولَ دَعَوَايَ فِي
هَذَا الْبَاقِي. قَالَ (وَأِنْ ادَّعَاهَا كُلَّهَا فَصَالِحُهُ عَلَى مِائَةِ دِرْهَمٍ فَاسْتَحَقَّ مِنْهَا شَيْءٌ رَجَعَ
بِحِسَابِهِ) لِأَنَّ التَّوْفِيقَ غَيْرُ مُمَكِّنٍ فَوَجَبَ الرُّجُوعُ بِبَدَلِهِ عِنْدَ قَوَاتِ سَلَامَةِ الْمُبْدَلِ، وَدَلَّتِ
الْمَسْأَلَةُ عَلَى أَنَّ الصُّلْحَ عَنِ الْمَجْهُولِ عَلَى مَعْلُومٍ جَائِزٍ لِأَنَّ الْجَهَالََةَ فِيمَا يَسْقُطُ لَا تُفْضِي
إِلَى الْمُنَازَعَةِ. وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ بِالصُّوَابِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ ادَّعَى حَقًّا فِي دَارٍ) مَنْ ادَّعَى حَقًّا مَجْهُولًا فِي دَارٍ يَبْدُ رَجُلٍ فَصَالِحُهُ
الَّذِي فِي يَدِهِ عَلَى مِائَةِ دِرْهَمٍ فَاسْتَحَقَّتِ الدَّارُ إِلَّا ذِرَاعًا مِنْهَا لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ؛ لِأَنَّ
لِلْمُدَّعِي أَنْ يَقُولَ دَعَوَايَ فِي هَذَا الْبَاقِي، وَإِنْ ادَّعَى كُلَّهَا فَصَالِحُهُ عَلَى مِائَةِ دِرْهَمٍ فَاسْتَحَقَّ
مِنْهَا شَيْءٌ رَجَعَ بِحِسَابِهِ، إِذِ التَّوْفِيقُ غَيْرُ مُمَكِّنٍ، وَالْمِائَةُ كَانَتْ بَدَلًا عَنْ كُلِّ الدَّارِ وَلَمْ
تُسَلِّمْ فَتَقْسَمُ الْمِائَةُ؛ لِأَنَّ الْبَدَلَ يُقَسَّمُ عَلَى أَجْزَاءِ الْمُبْدَلِ (وَدَلَّتِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى أَنَّ الصُّلْحَ
عَنِ الْمَجْهُولِ عَلَى الْمَعْلُومِ جَائِزٌ؛ لِأَنَّ الْجَهَالََةَ فِيمَا يَسْقُطُ لَا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ) قَالُوا:
وَدَلَّتْ أَيْضًا عَلَى أَنَّ صِحَّةَ الدَّعْوَى لَيْسَتْ بِشَرْطٍ لَصِحَّةِ الصُّلْحِ؛ لِأَنَّ دَعْوَى الْحَقِّ فِي
الدَّارِ لَا تَصِحُّ لِلْجَهَالََةِ، وَلِهَذَا لَا تُقْبَلُ الْبَيِّنَةُ عَلَى ذَلِكَ إِلَّا إِذَا ادَّعَى إِقْرَارَ الْمُدَّعِي عَلَيْهِ
بِذَلِكَ فَحِينَئِذٍ تَصِحُّ وَتُقْبَلُ الْبَيِّنَةُ.

فصل في بيع الفضولي

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ مِلْكَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَاِلْمَالِكُ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ أَجَازَ الْبَيْعَ؛ وَإِنْ شَاءَ
فَسَخَّ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَنْعَقِدُ لِأَنَّهُ لَمْ يَصْدُرْ عَنِ وِلَايَةِ شَرْعِيَّةٍ لِأَنَّهَا بِالْمِلْكِ أَوْ
بِإِذْنِ الْمَالِكِ وَقَدْ فُقِدَا، وَلَا انْعِقَادَ إِلَّا بِالْقُدْرَةِ الشَّرْعِيَّةِ. وَلَنَا أَنَّهُ تَصَرَّفَ تَمْلِيكًا وَقَدْ صَدَرَ

مِنْ أَهْلِهِ فِي مَحَلِّهِ فَوَجَبَ الْقَوْلُ بِإِنْعِقَادِهِ، إِذْ لَا ضَرَرَ فِيهِ لِلْمَالِكِ مَعَ تَخْيِيرِهِ، بَلْ فِيهِ نَفْعُهُ حَيْثُ يَكْفِي مُؤَنَّتُهُ طَلِبَ الْمُشْتَرِي وَقَرَارُ الثَّمَنِ وَغَيْرِهِ، وَفِيهِ نَفْعُ الْعَاقِدِ لَصَوْنِ كَلَامِهِ عَنِ الْإِلْغَاءِ، وَفِيهِ نَفْعُ الْمُشْتَرِي فَتَبَتَ لِلْمَقْدَرَةِ الشَّرْعِيَّةِ تَحْصِيلًا لِهَذِهِ الْوُجُوهِ، كَيْفَ وَإِنَّ الْإِذْنَ ثَابِتٌ دَلَالَةً لِأَنَّ الْعَاقِلَ يَأْذُنُ فِي التَّصَرُّفِ النَّافِعِ، قَالَ (وَلَهُ الْإِجَازَةُ إِذَا كَانَ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ بَاقِيًا وَالْمُتَعَاقِدَانِ بِحَالِهِمَا) لِأَنَّ الْإِجَازَةَ تَصَرُّفٌ فِي الْعَقْدِ فَلَا بُدَّ مِنْ قِيَامِهِ وَذَلِكَ بِقِيَامِ الْعَاقِدَيْنِ وَالْمَعْقُودِ عَلَيْهِ.

الشرح:

مُنَاسَبَةٌ هَذَا الْفَصْلَ لِبَابِ الْاسْتِحْقَاقِ ظَاهِرَةٌ؛ لِأَنَّ بَيْعَ الْفُضُولِيِّ صُورَةٌ مِنْ صُورِ الْاسْتِحْقَاقِ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَحَقَّ إِنَّمَا يَسْتَحِقُّ وَيَقُولُ عِنْدَ الدَّعْوَى هَذَا مِلْكِي وَمَنْ بَاعَكَ فَإِنَّمَا بَاعَكَ بِغَيْرِ إِذْنِي فَهُوَ عَيْنُ بَيْعِ الْفُضُولِيِّ. وَالْفُضُولِيُّ بِضْمُ الْفَاءِ لَا غَيْرُ، وَالْفَضْلُ الزِّيَادَةُ، وَقَدْ غَلَبَ جَمْعُهُ عَلَى مَا لَا خَيْرَ فِيهِ، وَقِيلَ لِمَنْ يَشْتَغِلُ بِمَا لَا يَعْنِيهِ فُضُولِيٌّ، وَهُوَ فِي اصْطِلَاحِ الْفُقَهَاءِ مَنْ لَيْسَ بِوَكِيلٍ، وَفَتَحُ الْفَاءِ خَطَأً.

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ مِلْكًا غَيْرَهُ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَالْمَالِكُ بِالْخِيَارِ إلخ) وَمَنْ بَاعَ مِلْكًا غَيْرَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ فَالْمَالِكُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَجَازَ الْبَيْعَ وَإِنْ شَاءَ فَسَخَ، وَهُوَ مَذْهَبُ مَالِكٍ وَأَحْمَدَ فِي رِوَايَةٍ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي الْجَدِيدِ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَحْمَدَ: لَمْ يَنْعَقِدْ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَصْدُرْ عَنْ وِلَايَةٍ شَرْعِيَّةٍ؛ لِأَنَّهَا بِالْمِلْكِ أَوْ بِإِذْنِ الْمَالِكِ وَقَدْ قُفِّدَا، وَمَا لَمْ يَصْدُرْ عَنْ وِلَايَةٍ شَرْعِيَّةٍ لَا يَنْعَقِدْ؛ لِأَنَّ الْإِنْعِقَادَ لَا يَكُونُ إِلَّا بِالْوِلَايَةِ الشَّرْعِيَّةِ.

وَلَنَا أَنَّهُ تَصَرُّفٌ تَمْلِكُ، وَقَدْ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ وَوَقَعَ فِي مَحَلِّهِ فَوَجَبَ الْقَوْلُ بِإِنْعِقَادِهِ، أَمَّا أَنَّهُ تَصَرُّفٌ تَمْلِكُ مِنْ قِبَلِ إِضَافَةِ الْعَامِّ إِلَى الْخَاصِّ كَعِلْمِ الْفَقْهِ فَلَا نِزَاعَ فِي ذَلِكَ، وَإِنَّمَا قَالَ تَصَرُّفٌ تَمْلِكُ وَلَمْ يَقُلْ تَمْلِكُ؛ لِأَنَّ التَّمْلِكَ مِنْ غَيْرِ الْمَالِكِ لَا يُتَصَوَّرُ. فَإِنْ قِيلَ: تَصَرُّفُ التَّمْلِكِ شَرِعٌ لِأَجْلِ التَّمْلِكِ فَإِنَّ الْمُرَادَ بِالْأَسْبَابِ الشَّرْعِيَّةِ أَحْكَامُهَا، فَإِذَا لَمْ يُفَدْ التَّصَرُّفُ التَّمْلِكُ كَانَ لَعْوًا.

فَالْجَوَابُ أَنَّ الْحُكْمَ يَثْبُتُ بِقَدْرِ دَلِيلِهِ، وَهَذَا التَّصَرُّفُ لَمَّا كَانَ مَوْقُوفًا لَمَّا نَذَرُ أَفَادَ حُكْمًا مَوْقُوفًا كَمَا أَنَّ السَّبَبَ الْبَاتَ أَفَادَ حُكْمًا بَاطِلًا أَوْ أَنَّ السَّبَبَ إِنَّمَا يَكُونُ لَعْوًا إِذَا خَلَا عَنِ الْحُكْمِ، فَأَمَّا إِذَا تَأَخَّرَ فَلَا كَمَا فِي الْبَيْعِ بِشَرَطِ الْخِيَارِ، وَأَمَّا صُدُورُهُ مِنْ

الْأَهْلُ فَلَأَنَّ أَهْلِيَّةَ التَّصَرُّفِ بِالْعَقْلِ وَالْبُلُوغِ، وَأَمَّا الْمَحَلُّ فَإِنَّ مَحَلَّ الْبَيْعِ هُوَ الْمَالُ الْمَقْشُورُ، وَبِإِعْدَامِ الْمَالِكِ لِلْعَاقِدِ فِي الْمَحَلِّ لَا تَنْعَدُ الْمَالِيَّةُ وَالتَّقْوَمُ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ إِذَا بَاعَهُ بِإِذْنِ الْمَالِكِ جَازَ، وَإِلِذْنُ لَا يَجْعَلُ غَيْرَ الْمَحَلِّ مَحَلًّا. وَأَمَّا وَجُوبُ الْقَوْلِ بِإِعْقَادِهِ فَلَأَنَّ الْحُكْمَ عِنْدَ تَحَقُّقِ الْمُقْتَضِي لَا يَمْتَنِعُ إِلَّا لِمَانِعٍ وَالْمَانِعُ مُتَنَفٍّ؛ لَأَنَّ الْمَانِعَ هُوَ الضَّرَرُ وَلَا ضَرَرَ فِي ذَلِكَ لِأَحَدٍ مِنَ الْمَالِكِ وَالْعَاقِدَيْنِ، أَمَّا الْمَالِكُ فَلَأَنَّهُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ الْإِجَازَةِ وَالْفَسْخِ، وَلَهُ فِيهِ مَنَفْعَةٌ حَيْثُ يَكْفِي مُؤَنَةُ طَلَبِ الْمُشْتَرِي وَقَرَارِ الثَّمَنِ، وَأَمَّا الْفُضُولِيُّ فَلَأَنَّ فِيهِ صَوْنَ كَلَامِهِ عَنِ الْإِلْغَاءِ، وَأَمَّا الْمُشْتَرِي فَظَاهِرٌ فَنَبَتَتِ الْقُدْرَةُ الشَّرْعِيَّةُ تَحْصِيلًا لِهَذِهِ الْمَنَافِعِ. فَإِنْ قِيلَ: الْقُدْرَةُ بِالْمَالِكِ أَوْ بِالِإِذْنِ وَلَمْ يُوجَدْ. أَجَابَ عَنْ ذَلِكَ مُنْكَرًا بِقَوْلِهِ كَيْفَ وَأَنَّ الْإِذْنَ نَابَتْ دَلَالَةً؛ لَأَنَّ الْعَاقِلَ يَأْذَنُ فِي التَّصَرُّفِ النَّافِعِ.

فَإِنْ قِيلَ: سَلَمْنَا وَجُودَ الْمُقْتَضِي لَكِنَّ الْمَانِعَ لَيْسَ بِمُنْحَصِرٍ فِي الضَّرَرِ بَلْ عَدَمُ الْمَالِكِ مَانِعٌ شَرْعًا لِقَوْلِهِ ﷺ لِحَكِيمِ بْنِ حَزَامٍ «لَا تَبِيعَ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ» وَكَذَلِكَ الْعَجْزُ عَنِ التَّسْلِيمِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ بَيْعَ الْآبِقِ وَالطَّيْرِ فِي الْهَوَاءِ لَا يَجُوزُ مَعَ وَجُودِ الْمَالِكِ فِيهِمَا؟ فَالْجَوَابُ أَنَّ قَوْلَهُ لَا تَبِيعْ نَهَى عَنِ الْبَيْعِ الْمُطْلَقِ، وَالْمُطْلَقُ يَنْصَرِفُ إِلَى الْكَامِلِ، وَالْكَامِلُ هُوَ الْبَيْعُ الْبَاتُ فَلَا اتِّصَالَ لَهُ بِمَوْضِعِ التَّرَاعٍ، وَالْقُدْرَةُ عَلَى التَّسْلِيمِ بَعْدَ الْإِجَازَةِ نَابِتَةٌ.

وَالدَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ مَا رَوَى الْكَرْخِيُّ فِي أَوَّلِ كِتَابِ الْوَكَالَةِ قَالَ: حَدَّثَنَا إِبْرَاهِيمُ قَالَ: حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ مَيْمُونٍ الْحِطَّاطُ قَالَ: حَدَّثَنَا سُفْيَانُ عَنْ شَيْبِ بْنِ غَرْقَدَةَ. قَالَ: أَخْبَرَنَا الْحَسَنُ «عَنْ عُرْوَةَ الْبَارِقِيِّ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَعْطَاهُ دِينَارًا لِيَشْتَرِيَ أَضْحِيَّةً، فَاشْتَرَى شَاتَيْنِ فَبَاعَ إِحْدَاهُمَا بِدِينَارٍ وَجَاءَ بِشَاةٍ وَدِينَارٍ، فَدَعَا النَّبِيَّ ﷺ فِي بَيْعِهِ بِالْبَرَكَةِ فَكَانَ لَوْ اشْتَرَى ثَرَابًا رِبْحَ فِيهِ» لَا يُقَالُ: عُرْوَةُ الْبَارِقِيُّ كَانَ وَكِيلًا مُطْلَقًا بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ؛ لِأَنَّهُ دَعَا بِدَلِيلٍ إِذْ لَا يُمَكِّنُ إِثْبَاتُهُ بَغْيَ نَقْلِ، وَالْمُنْقُولُ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَمَرَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ أَضْحِيَّةً، وَلَوْ كَانَ لِنَقْلِ عَلَى سَبِيلِ الْمَذْحِ لَهُ.

فَإِنْ قِيلَ: هَلْ يَجُوزُ شِرَاءُ الْفُضُولِيِّ كَيْفَ أَوْ لَا؟ أُجِيبَ بَأَنَّ فِيهِ تَفْصِيلًا، وَهُوَ أَنَّ الْفُضُولِيَّ إِنْ قَالَ بَعِ هَذَا الْعَيْنَ لِفُلَانٍ فَقَالَ الْمَالِكُ بَعْتَ فَقَالَ الْفُضُولِيُّ اشْتَرَيْتَ لِأَجَلِهِ أَوْ قَالَ الْمَالِكُ ابْتِدَاءً بَعْتَ هَذَا الْعَيْنَ لِفُلَانٍ وَقَالَ الْفُضُولِيُّ قَبِلْتَ لِأَجَلِهِ فَهُوَ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ. وَإِنْ قَالَ اشْتَرَيْتَ مِنْكَ هَذَا الْعَيْنَ لِأَجَلٍ فَقَالَ الْمَالِكُ بَعْتَ أَوْ قَالَ الْمَالِكُ

بَعْتَ مِنْكَ هَذَا الْعَيْنَ لِأَجْلِ فَلَانٍ فَقَالَ اشْتَرَيْتَ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى إِجَارَةِ فَلَانٍ؛ لِأَنَّهُ وَجَدَ نَفَاذًا عَلَى الْمُشْتَرِي حَيْثُ أُضِيفَ إِلَيْهِ ظَاهِرًا فَلَا حَاجَةَ إِلَى الْإِيقَافِ عَلَى رِضَا الْغَيْرِ. وَقَوْلُهُ: لِأَجْلِ فَلَانٍ يَحْتَمِلُ لِأَجْلِ رِضَاهُ وَشَفَاعَتِهِ وَغَيْرِ ذَلِكَ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ فَإِنَّهُ لَمْ يَجِدْ نَفَاذًا عَلَى غَيْرِ الْمَالِكِ وَلَمْ يَنْفُذْ عَلَى الْمَالِكِ فَاحْتِجَّ إِلَى الْإِيقَافِ عَلَى رِضَا الْغَيْرِ، وَإِلَى هَذَا الْوَجْهَ أَشَارَ الْمُصَنِّفُ بَعْدَ بَقَوْلِهِ وَالشِّرَاءُ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى الْإِجَارَةِ.

(قَوْلُهُ: وَلَهُ) أَيُّ لِلْمَالِكِ (الْإِجَارَةُ). اعْلَمْ أَنَّ الْفُضُولِيَّ إِمَّا أَنْ يَبِيعَ الْعَيْنَ بِثَمَنِ ذَنْبٍ كَالدَّرَاهِمِ وَالذَّنَائِيرِ وَالْفُلُوسِ وَالْكَيْلِيِّ وَالْوَزْنِيِّ الْمَوْصُوفُ بِغَيْرِ عَيْنِهِ، وَإِمَّا أَنْ يَبِيعَ بِثَمَنِ عَيْنٍ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَلِلْمَالِكِ الْإِجَارَةُ إِذَا كَانَ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ بَاقِيًا وَالتَّعَاقِدَانِ بِحَالِهِمَا، فَإِنْ أَجَارَ حَالَ قِيَامِ الْأَرْبَعَةِ جَارَ الْبَيْعُ لَمَّا ذُكِرَ أَنَّ الْإِجَارَةَ تُصَرَّفُ فِي الْعَقْدِ فَلَا بُدَّ مِنْ قِيَامِهِ وَذَلِكَ بِقِيَامِ الْعَاقِدَيْنِ وَالْمَعْقُودِ عَلَيْهِ وَكَانَتْ الْإِجَارَةُ اللاحقة كَالْوَكَالَةِ السَّابِقَةِ فَيَكُونُ الْبَائِعُ بِمَنْزِلَةِ الْوَكِيلِ وَالثَّمَنُ مَمْلُوكٌ لِلْمَالِكِ أَمَانَةً فِي يَدِ الْفُضُولِيِّ وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَيَحْتَاجُ إِلَى قِيَامِ خَمْسَةِ أَشْيَاءَ: مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْأُمُورِ الْأَرْبَعَةِ، وَقِيَامُ ذَلِكَ الْعَرَضِ أَيْضًا.

وَالْإِجَارَةُ اللاحقة إِجَارَةٌ تَقْدُ بِأَنَّ يَنْقُذَ الْبَائِعُ مَا بَاعَ ثَمَنًا لَمَّا مَلَكَهُ بِالْعَقْدِ لَا إِجَارَةٌ عَقْدٌ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ لَا زِمَ عَلَى الْفُضُولِيِّ وَالْعَرَضُ الثَّمَنُ مَمْلُوكٌ لَهُ، وَعَلَيْهِ مِثْلُ الْمَبِيعِ إِنْ كَانَ مِثْلِيًّا، وَقِيمَتُهُ إِنْ كَانَ قِيمِيًّا؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ إِذَا كَانَ عَرَضًا صَارَ الْبَائِعُ مِنْ وَجْهِ مُشْتَرِيًّا، وَالشِّرَاءُ إِذَا وَجَدَ نَفَاذًا عَلَى الْعَاقِدِ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى الْإِجَارَةِ؛ وَكَمَا أَنَّ لِلْمَالِكِ الْفَسْخَ فَكَذَا لِكُلِّ مَنْ الْفُضُولِيِّ وَالْمُشْتَرِيَّ؛ لِأَنَّ حُقُوقَ الْعَقْدِ تَرْجِعُ إِلَى الْفُضُولِيِّ فَلَهُ أَنْ يَتَحَرَّرَ عَنِ التَّزَامِ الْعُهُدَةِ، بِخِلَافِ الْفُضُولِيِّ فِي النِّكَاحِ فَإِنْ فُسِّخَ قَبْلَ الْإِجَارَةِ بَاطِلٌ؛ لِأَنَّ الْحُقُوقَ لَا تَرْجِعُ إِلَيْهِ وَهُوَ فِيهِ مُعَبَّرٌ، فَإِذَا عَبَّرَ فَقَدْ انْتَهَى فَصَارَ هُوَ بِمَنْزِلَةِ الْأَجْنَبِيِّ. وَلَوْ فُسِّخَتْ الْمَرْأَةُ نِكَاحَهَا قَبْلَ الْإِجَارَةِ انْفُسَخَ.

وَإِذَا أَجَارَ الْمَالِكُ كَانَ الثَّمَنُ مَمْلُوكًا لَهُ أَمَانَةً فِي يَدِهِ بِمَنْزِلَةِ الْوَكِيلِ، لِأَنَّ الْإِجَارَةَ اللاحقة بِمَنْزِلَةِ الْوَكَالَةِ السَّابِقَةِ، وَلِلْفُضُولِيِّ أَنْ يَفْسَخَ قَبْلَ الْإِجَارَةِ دَفْعًا لِلْحُقُوقِ عَنْ نَفْسِهِ، بِخِلَافِ الْفُضُولِيِّ فِي النِّكَاحِ لِأَنَّهُ مُعَبَّرٌ مَحْضٌ، هَذَا إِذَا كَانَ الثَّمَنُ دِينًا، فَإِنْ كَانَ عَرَضًا مُعَيَّنًا إِثْمًا تَصِحُّ الْإِجَارَةُ إِذَا كَانَ الْعَرَضُ بَاقِيًا أَيْضًا. ثُمَّ الْإِجَارَةُ إِجَارَةٌ تَقْدُ لَا إِجَارَةٌ عَقْدٌ حَتَّى يَكُونَ الْعَرَضُ الثَّمَنُ مَمْلُوكًا لِلْفُضُولِيِّ، وَعَلَيْهِ مِثْلُ الْمَبِيعِ إِنْ كَانَ مِثْلِيًّا أَوْ قِيمَتُهُ

إِنْ لَمْ يَكُنْ مِثْلِيًّا، لِأَنَّهُ شِرَاءٌ مِنْ وَجْهِ وَالشِّرَاءُ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى الْإِجَازَةِ.

(وَلَوْ هَلَكَ الْمَالِكُ) لَا يَنْفُذُ بِإِجَازَةِ الْوَارِثِ فِي الْفَصْلَيْنِ لِأَنَّهُ تَوَقَّفَ عَلَى إِجَازَةِ الْمَوْرَثِ لِنَفْسِهِ فَلَا يَجُوزُ بِإِجَازَةِ غَيْرِهِ. وَلَوْ أَجَازَ الْمَالِكُ فِي حَيَاتِهِ وَلَا يَعْلَمُ حَالِ الْمَبِيعِ جَازَ الْمَبِيعِ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَوَّلًا، وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ لَأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاؤُهُ، ثُمَّ رَجَعَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَ: لَا يَصِحُّ حَتَّى يَعْلَمَ قِيَامَهُ عِنْدَ الْإِجَازَةِ لِأَنَّ الشَّكَّ وَقَعَ فِي شَرْطِ الْإِجَازَةِ فَلَا يَثْبُتُ مَعَ الشَّكِّ.

الشرح:

وَلَوْ هَلَكَ الْمَالِكُ لَا يَنْفُذُ بِإِجَازَةِ الْوَارِثِ فِي الْفَصْلَيْنِ: أَيُّ فِيمَا إِذَا كَانَ الثَّمَنُ دَيْنًا أَوْ عَرْضًا؛ لِأَنَّهُ تَوَقَّفَ عَلَى إِجَازَةِ الْمَوْرَثِ لِنَفْسِهِ فَلَا يَجُوزُ لِإِجَازَةِ غَيْرِهِ. وَاسْتَشْكَلَ بِمَا إِذَا تَزَوَّجَتْ أُمَةٌ بِرَجُلٍ قَدْ وَطَّئَهَا مَوْلَاهَا بِغَيْرِ إِذْنِهِ فَمَاتَ الْمَوْلَى قَبْلَ الْإِجَازَةِ وَوَرَّثَهَا ابْنُهُ فَإِنَّ النِّكَاحَ تَوَقَّفَ عَلَى إِجَازَةِ الْإِبْنِ، فَإِنْ أَجَازَ صَحَّ وَإِلَّا فَلَا، فَهَذِهِ فَضُولِيَّةٌ وَتَوَقَّفَ عَمَلُهَا عَلَى إِجَازَةِ الْوَارِثِ. أُجِيبَ بِأَنَّ عَدَمَ التَّوَقُّفِ لَطَرَيَانِ الْحَلِّ الْبَاتُ عَلَى الْحَلِّ الْمَوْقُوفِ؛ لِأَنَّهُ يُنْظَلُّ، وَهَاهُنَا لَمْ يَطْرَأْ لِلْوَارِثِ حَلٌّ بَاتٌ لَكُونِهَا مَوْطُوءَةً الْأَبِ فَيَتَوَقَّفُ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنِ الْوَارِثِ إِذْ هُوَ قَائِمٌ مَقَامَ الْمَوْرَثِ، حَتَّى لَوْ لَمْ تَكُنْ مَوْطُوءَةً الْأَبِ بَطَلَ نِكَاحُهَا.

(وَلَوْ أَجَازَ الْمَالِكُ فِي حَيَاتِهِ وَلَمْ يَعْلَمْ حَالِ الْمَبِيعِ) مِنْ حَيْثُ الْوُجُودُ وَالْعَدَمُ (جَازَ الْمَبِيعِ) فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ أَوَّلًا وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاؤُهُ، ثُمَّ رَجَعَ أَبُو يُوسُفَ وَقَالَ: لَا يَصِحُّ حَتَّى يَعْلَمَ قِيَامَهُ عِنْدَ الْإِجَازَةِ؛ لِأَنَّ الشَّكَّ وَقَعَ فِي شَرْطِ الْإِجَازَةِ، وَهُوَ قِيَامُ الْمَبِيعِ فَلَا يَثْبُتُ مَعَ الشَّكِّ. فَإِنْ قِيلَ: الشَّكُّ هُوَ مَا اسْتَوَى طَرَفَاهُ وَهَاهُنَا طَرَفُ الْبَقَاءِ رَاجِعٌ إِذْ أَصْلُ الْبَقَاءِ مَا لَمْ يُتَيَقَّنْ بِالْمُزِيلِ وَهَاهُنَا لَمْ يُتَيَقَّنْ. أُجِيبَ بِأَنَّ الْأَسْتِصْحَابَ حُجَّةٌ دَافِعَةٌ لَا مُثَبِّتَةٌ، وَنَحْنُ هَاهُنَا نَحْتَاجُ إِلَى ثُبُوتِ الْمِلْكِ فِي الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ لَمَنْ وَقَعَ لَهُ الشِّرَاءُ فَلَا يَصْلُحُ فِيهِ حُجَّةٌ.

قَالَ (وَمَنْ غَصَبَ عَبْدًا فَبَاعَهُ وَأَعْتَقَهُ الْمُشْتَرِي ثُمَّ أَجَازَ الْمَوْلَى الْمَبِيعَ فَالْعِتْقُ جَائِزٌ) اسْتِحْسَانًا، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُمُ اللَّهُ: لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ لَا

عَتَقَ بَدُونِ الْمَلِكِ، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا عِتْقَ فِيمَا لَا يَمْلِكُ ابْنُ آدَمَ» ^(١) وَالْمَوْقُوفُ لَا يُفِيدُ الْمَلِكَ، وَلَوْ ثَبَتَ فِي الْآخِرَةِ يَثْبُتُ مُسْتَنَدًا وَهُوَ ثَابِتٌ مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ، وَالْمُصَحَّحُ لِلإِعْتَاقِ الْمَلِكُ الْكَامِلُ لَمَّا رَوَيْنَا، وَلِهَذَا لَا يَصِحُّ أَنْ يُعْتَقَ الْغَاصِبُ ثُمَّ يُؤَدَّى الضَّمَانُ، وَلَا أَنْ يُعْتَقَ الْمُشْتَرِي وَالْخِيَارُ لِلْبَائِعِ ثُمَّ يُحْزِرُ الْبَائِعُ ذَلِكَ، وَكَذَا لَا يَصِحُّ بَيْعُ الْمُشْتَرِي مِنَ الْغَاصِبِ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ مَعَ أَنَّهُ أَسْرَعُ تَفَادًا حَتَّى تَفْذَ مِنْ الْغَاصِبِ إِذَا أَدَّى الضَّمَانُ، وَكَذَا لَا يَصِحُّ إِعْتَاقُ الْمُشْتَرِي مِنَ الْغَاصِبِ إِذَا أَدَّى الْغَاصِبُ الضَّمَانُ.

وَلَهُمَا أَنْ الْمَلِكَ ثَبَتَ مَوْقُوفًا بِتَصَرُّفٍ مُطْلَقٍ مَوْضُوعٍ لِإِفَادَةِ الْمَلِكِ، وَلَا ضَرَرَ فِيهِ عَلَى مَا مَرَّ فَتَوَقَّفَ الإِعْتَاقُ مُرْتَبًا عَلَيْهِ وَيَنْفُذُ بِتَفَادِهِ فَصَارَ كإِعْتَاقِ الْمُشْتَرِي مِنَ الرَّاهِنِ وَكَإِعْتَاقِ الْوَارِثِ عَبْدًا مِنَ التَّرَكَّةِ وَهِيَ مُسْتَغْرَقَةٌ بِالْأَدْيُونِ يَصِحُّ، وَيَنْفُذُ إِذَا قَضَى الدَّيُونُ بَعْدَ ذَلِكَ، بِخِلَافِ إِعْتَاقِ الْغَاصِبِ بِنَفْسِهِ لِأَنَّ الْغَصْبَ غَيْرُ مَوْضُوعٍ لِإِفَادَةِ الْمَلِكِ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ فِي الْبَيْعِ خِيَارُ الْبَائِعِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُطْلَقٍ، وَقِرَانُ الشَّرْطِ بِهِ يَمْنَعُ انْعِقَادَهُ فِي حَقِّ الْحُكْمِ أَصْلًا، وَبِخِلَافِ بَيْعِ الْمُشْتَرِي مِنَ الْغَاصِبِ إِذَا بَاعَ لِأَنَّ بِالإِجَازَةِ يَثْبُتُ لِلْبَائِعِ مِلْكٌ بَاتٌ، فَإِذَا طَرَأَ عَلَى مِلْكٍ مَوْقُوفٍ لغيرِهِ أَبْطَلَهُ، وَأَمَّا إِذَا أَدَّى الْغَاصِبُ الضَّمَانُ يَنْفُذُ إِعْتَاقُ الْمُشْتَرِي مِنْهُ كَذَا ذَكَرَهُ هِلَالٌ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهُوَ الْأَصَحُّ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ غَصَبَ عَبْدًا فَبَاعَهُ وَأَعْتَقَهُ الْمُشْتَرِي). قِيلَ جَرَتْ هَذِهِ الْمَحَاوَرَةُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ بَيْنَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ حِينَ عَرَضَ عَلَيْهِ هَذَا الْكِتَابُ. قَالَ أَبُو يُوسُفَ: مَا رَوَيْتَ لَكَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْعِتْقَ جَائِزٌ، وَإِنَّمَا رَوَيْتَ أَنَّ الْعِتْقَ بَاطِلٌ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: بَلْ رَوَيْتَ أَنَّ الْعِتْقَ جَائِزٌ. وَصَوَّرْتُهَا مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ (وَمَنْ غَصَبَ عَبْدًا فَبَاعَهُ وَأَعْتَقَهُ الْمُشْتَرِي ثُمَّ أَجَارَ الْمَوْلَى الْبَيْعَ وَالْعِتْقَ جَازَ اسْتِحْسَانًا، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ لَا عِتْقَ بَدُونِ الْمَلِكِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا عِتْقَ فِيمَا لَا يَمْلِكُ ابْنُ آدَمَ» لَا مَلِكَ هَاهُنَا.

لِأَنَّ (الْمَوْقُوفَ لَا يُفِيدُ الْمَلِكَ) فِي الْحَالِ وَمَا يَثْبُتُ فِي الْآخِرَةِ فَهُوَ مُسْتَنَدٌ، وَهُوَ ثَابِتٌ مِنْ وَجْهِ وَذَلِكَ غَيْرُ مُصَحَّحٍ لِلإِعْتَاقِ (إِذْ الْمُصَحَّحُ لَهُ هُوَ الْمَلِكُ الْكَامِلُ) الْمَدْلُولُ

(١) أخرجه أبو داود (٢١٩٠)، والترمذي (١١٨١)، وابن ماجه (٢٠٤٧).

عَلَيْهِ بِإِطْلَاقِ مَا رَوَيْنَا، وَلَا يُشْكَلُ بِالْمُكَاتَبِ فَإِنْ إِعْتَقَهُ جَائِزٌ، وَلَيْسَ الْمَلِكُ فِيهِ كَامِلًا؛
لَأَنَّ مَحَلَّ الْعِتْقِ هُوَ الرِّقَّةُ وَالْمَلِكُ فِيهَا كَامِلٌ فِيهِ، وَاسْتَوْضَحَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ بِفُرُوعِ
تَوْسِئِ ذَلِكَ وَهُوَ قَوْلُهُ: (وَلِهَذَا لَا يَصِحُّ أَنْ يُعْتَقَ الْعَاصِبُ ثُمَّ يُؤَدِّي الضَّمَانَ) وَهُوَ رَاجِعٌ
إِلَى قَوْلِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا عِتْقَ يَدُونِ الْمَلِكِ.

وقوله: (وَلَا أَنْ يُعْتَقَ الْمُشْتَرِي وَالْخِيَارُ لِلْبَائِعِ ثُمَّ يُجِيزَ الْبَائِعُ) وَهُوَ رَاجِعٌ إِلَى قَوْلِهِ
وَالْمَوْقُوفُ لَا يُعِيدُ الْمَلِكِ. وقوله: (وَكَذَا لَا يَصِحُّ بَيْعُ الْمُشْتَرِي مِنَ الْعَاصِبِ) يَعْنِي أَنَّ
الْمُشْتَرِي مِنَ الْعَاصِبِ إِذَا بَاعَ مِنَ الْغَيْرِ ثُمَّ أَجَارَ الْمَالِكُ الْبَيْعَ الْأَوَّلَ لَا يَصِحُّ هَذَا الْبَيْعُ
الثَّانِي، فَكَذَا إِذَا أُعْتِقَ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ كَذَلِكَ مَعَ أَنْ الْبَيْعَ أَسْرَعَ نَفَادًا مِنَ الْعِتْقِ؛ أَلَا
تَرَى أَنَّ الْعَاصِبَ إِذَا بَاعَ ثُمَّ ضَمِنَ نَفَذَ بَيْعَهُ؛ وَلَوْ أُعْتِقَ ثُمَّ ضَمِنَ لَمْ يَنْفُذْ عِتْقَهُ، وَإِذَا لَمْ
يَنْفُذْ مَا هُوَ أَسْرَعَ نَفُودًا فَلَا أَنْ لَا يَنْفُذَ غَيْرُهُ أَوْلَى (قَوْلُهُ: وَكَذَا لَا يَصِحُّ إِعْتَاقُ الْمُشْتَرِي
مِنَ الْعَاصِبِ إِذَا أَدَّى الْعَاصِبُ الضَّمَانَ).

وَلَهُمَا أَنَّ الْمَلِكَ فِيهِ (تَبَتَ مَوْقُوفًا) وَالْإِعْتَاقُ يَجُوزُ أَنْ يَثْبُتَ مَوْقُوفًا عَلَى الْمَلِكِ
الْمَوْقُوفِ وَيَنْفُذُ بِنَفَادِهِ، أَمَّا أَنَّهُ تَبَتَ فَلَوْجُودِ الْمُقْتَضِي وَهُوَ التَّصَرُّفُ الْمَطْلُوقُ الْمَوْضُوعُ
لِإِفَادَةِ الْمَلِكِ وَلِإِتْفَاءِ الْمَانِعِ وَهُوَ الضَّرَرُ، وَأَمَّا أَنَّهُ مَوْقُوفٌ فَلَمَّا تَقَدَّمَ، وَأَمَّا أَنْ الْإِعْتَاقَ
يَجُوزُ أَنْ يَتَوَقَّفَ عَلَى ذَلِكَ فَبِالْقِيَاسِ عَلَى إِعْتَاقِ الْمُشْتَرِي مِنَ الرَّاهِنِ بِجَامِعِ كَوْنِهِ إِعْتَاقًا
فِي بَيْعِ مَوْقُوفٍ وَبِالْقِيَاسِ عَلَى إِعْتَاقِ الْوَارِثِ عَبْدًا مِنَ التَّرَكَّةِ وَهِيَ مُسْتَعْرِقَةٌ بِالْذُّيُونِ
فَإِنَّهُ يَصِحُّ وَيَنْفُذُ إِذَا قَضَى الدُّيُونُ بَعْدَ ذَلِكَ بِجَامِعِ كَوْنِهِ إِعْتَاقًا مَوْقُوفًا فِي مَلِكٍ
مَوْقُوفٍ، وَهَذَا أَبْعَدُ مِنَ الْأَوَّلِ ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ لِلِاسْتِظْهَارِ بِهِ، وَاحْتَرَزَ بِقَوْلِهِ
الْمَطْلُوقُ عَنِ الْبَيْعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ، وَبِقَوْلِهِ مَوْضُوعٌ لِإِفَادَةِ الْمَلِكِ عَنِ الْعَصَبِ فَإِنَّهُ لَيْسَ
بِمَوْضُوعٍ لِإِفَادَةِ الْمَلِكِ، وَعَلَى هَذَا يَخْرُجُ جَوَابُ مُحَمَّدٍ عَنِ الْمَسَائِلِ الْمَذْكُورَةِ، فَإِنَّ
إِعْتَاقَ الْعَاصِبِ إِنَّمَا لَمْ يَنْفُذْ بَعْدَ ضَمَانِ الْقِيَمَةِ؛ لِأَنَّ الْعَصَبَ غَيْرُ مَوْضُوعٍ لِإِفَادَةِ الْمَلِكِ.

قَالَ فِي النَّهَايَةِ: وَبِهَذَا التَّعْلِيلِ لَا يَتِمُّ مَا ادَّعَاهُ فَإِنَّهُ يَرُدُّ عَلَيْهِ أَنْ يُقَالَ: لِمَا كَانَ غَيْرَ
مَوْضُوعٍ لِإِفَادَةِ الْمَلِكِ وَجَبَ أَنْ لَا يَنْفُذَ بَيْعُهُ أَيْضًا عِنْدَ إِجَارَةِ الْمَالِكِ كَمَا لَا يَنْفُذُ عِتْقُهُ
عِنْدَ إِجَارَةِ الْمَالِكِ لِمَا أَنَّ كُلًّا مِنْ جَوَازِ الْبَيْعِ وَجَوَازِ الْعِتْقِ مُحْتَاجٌ إِلَى الْمَلِكِ وَالْمَلِكُ هُنَا
بِالْإِجَارَةِ، وَلَكِنْ وَجَهٌ تَمَامُ التَّعْلِيلِ فِيمَا ذَكَرَهُ فِي الْمَبْسُوطِ وَقَالَ: وَهَذَا بِخِلَافِ

الغاصب إذا أعتق ثم ضمن القيمة؛ لأن المستند به حكم الملك لا حقيقة الملك، ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة وحكم الملك يكفي لنفوذ البيع دون العتي كحكم ملك المكاتب في كسبه وهاتها الثابت للمشتري من وقت العقد حقيقة الملك ولهذا استحق الزوائد المتصلة والمنفصلة، ولو قدر في كلام المصنف مضاف: أي غير موضوع لإفادة حقيقة الملك لتساوى الكلامان على أنه ليس بوارد؛ لأن البيع لا يحتاج إلى ملك بل يكفي فيه حكم الملك والعصب يفيد.

(قوله: بخلاف ما إذا كان في البيع خيار البائع) جواب عن المسألة الثانية فإن البيع بالخيار ليس بمطلق فالسبب فيه غير تام، فإن قوله على أي بالخيار مقرون بالعقد نصاً، وقرآن الشرط بالعقد يمنع كونه سبباً قبل وجود الشرط فينعقد به أصل العقد ولكن يكون في حق الحكم كالمعلق بالشرط، والمعلق به معذوم قبله (قوله: وبخلاف بيع المشتري من الغاصب) جواب عن الثالثة. وجهه ما قال؛ لأن بالإجازة ثبت للبائع ملك بات فإذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله لعدم تصور اجتماع الملك البات والموقوف على محل واحد.

وفيه بحث من وجهين: الأول أن الغاصب إذا باع ثم أذى الضمان ينقلب بيع الغاصب جائزاً وإن طرأ الملك الذي ثبت للغاصب بإداء الضمان على ملك المشتري الذي اشترى منه وهو موقوف. الثاني أن طرؤ الملك البات على الموقوف لو كان مبطلاً له لكان مانعاً عن الموقوف؛ لأن الدفع أسهل من الرفع، لكنه ليس بمانع بدليل انعقاد بيع الفضولي فإن ملك المالك بات فكان يجب أن يمنع بيع الفضولي وليس كذلك. وأجيب عن الأول بأن ثبوت الملك للغاصب ضرورة الضمان فلا يتعدى إلى إبطال حق المشتري وعن الثاني بأن البيع الموقوف غير موجود في حق المالك بل يوجد من الفضولي، والمنع إنما يكون بعد الوجود، أما المالك إذا أجاز بيع الفضولي فقد ثبت للمشتري ملك بات فأبطل الموقوف لما ذكرنا أن الملك البات والموقوف لا يجتمعان في محل واحد، وفيه نظر؛ لأن ما يكون بعد الوجود رفع لا منع، وفي الحقيقة هو مغالطة فإن كلامنا في أن طرؤ الملك البات يبطل الموقوف وليس ملك المالك طارئاً حتى يتوجه السؤال.

وَقَوْلُهُ: (أَمَّا إِذَا أَدَّى الْعَاصِبُ الضَّمَانَ) جَوَابٌ عَنِ الرَّابِعَةِ. وَتَقْرِيرُهُ: أَمَّا إِذَا أَدَّى الْعَاصِبُ الضَّمَانَ فَلَا يُسَلَّمُ أَنَّ إِعْتَاقَ الْمُشْتَرِي مِنْهُ لَا يَنْفَعُ بَلْ يَنْفَعُ، كَذَا ذَكَرَهُ هَلَالٌ فِي كِتَابِ الْوَقْفِ فَقَالَ: يَنْفَعُ وَقَفُهُ عَلَى طَرِيقَةِ الاسْتِحْسَانِ فَالْعَقْدُ أَوَّلِي. قَالَ الْمُصَنِّفُ: وَهُوَ الْأَصَحُّ، وَلَكِنْ سَلَّمَ فَنَقُولُ: هُنَاكَ الْمُشْتَرِي يَمْلِكُهُ مِنْ جِهَةِ الْعَاصِبِ وَحَقِيقَةُ الْمَلِكِ لَا تَسْتَنِدُ لِلْعَاصِبِ كَمَا تَقْدَمُ فَكَيْفَ تَسْتَنِدُ لِمَنْ يَمْلِكُهُ مِنْ جِهَتِهِ فَلِهَذَا لَا يَنْفَعُ عَقْدُهُ، وَهَاهُنَا إِنَّمَا يَسْتَنِدُ الْمَلِكُ لَهُ إِلَى وَقْتِ الْعَقْدِ مِنْ جِهَةِ الْمُجِيرِ، وَالْمُجِيرُ كَانَ مَالِكًا لَهُ حَقِيقَةً فَيُمْكِنُ إِثْبَاتُ حَقِيقَةِ الْمَلِكِ لِلْمُشْتَرِي مِنْ وَقْتِ الْعَقْدِ.

قَالَ (فَإِنْ قُطِعَتْ يَدُ الْعَبْدِ فَأَخَذَ أَرْضَهَا ثُمَّ أَجَازَ الْمَوْلَى الْبَيْعَ فَالْأَرْضُ لِلْمُشْتَرِي) لِأَنَّ الْمَلِكَ قَدْ تَمَّ لَهُ مِنْ وَقْتِ الشِّرَاءِ، فَتَبَيَّنَ أَنَّ الْقَطْعَ حَصَلَ عَلَى مِلْكِهِ وَهَذِهِ حُجَّةٌ عَلَى مُحَمَّدٍ، وَالْعُدْرُ لَهُ أَنَّ الْمَلِكَ مِنْ وَجْهِ يَكْفِي لَاسْتِحْقَاقِ الْأَرْضِ كَالْمُكَاتِبِ إِذَا قُطِعَتْ يَدُهُ وَأَخَذَ الْأَرْضَ ثُمَّ رُدَّ فِي الرِّقِّ يَكُونُ الْأَرْضُ لِلْمَوْلَى، فَكَذَا إِذَا قُطِعَتْ يَدُ الْمُشْتَرِي فِي يَدِ الْمُشْتَرِي وَالْخِيَارُ لِلْبَائِعِ ثُمَّ أُجِيرَ الْبَيْعُ فَالْأَرْضُ لِلْمُشْتَرِي، بِخِلَافِ الْإِعْتَاقِ عَلَى مَا مَرَّ. (وَيَتَصَدَّقُ بِمَا زَادَ عَلَى نِصْفِ الثَّمَنِ) لِأَنَّهُ لَمْ يَدْخُلْ فِي ضَمَانِهِ أَوْ فِيهِ شُبْهَةٌ عَدَمِ الْمَلِكِ. قَالَ: فَإِنْ بَاعَهُ الْمُشْتَرِي مِنْ آخَرٍ ثُمَّ أَجَازَ الْمَوْلَى الْبَيْعَ الْأَوَّلَ لَمْ يَجْزِ الْبَيْعُ الثَّانِي لَمَّا ذَكَرْنَا، وَلَأنَّ فِيهِ غَرَرٌ الْإِنْفِسَاحَ عَلَى اعْتِبَارِ عَدَمِ الْإِجَازَةِ فِي الْبَيْعِ الْأَوَّلِ وَالْبَيْعُ يَفْسُدُ بِهِ، بِخِلَافِ الْإِعْتَاقِ عِنْدَهُمَا لِأَنَّهُ لَا يُؤْثَرُ فِيهِ الْغَرَرُ.

الشرح:

قَالَ (فَإِنْ قُطِعَتْ يَدُ الْعَبْدِ إلخ) إِذَا قُطِعَتْ يَدُ الْعَبْدِ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي مِنَ الْعَاصِبِ وَأَخَذَ الْمُشْتَرِي أَرْضَهَا ثُمَّ أَجَازَ الْمَالِكُ الْبَيْعَ فَالْأَرْضُ لِلْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ بِالْإِجَازَةِ قَدْ تَمَّ لِلْمُشْتَرِي مِنْ وَقْتِ الشِّرَاءِ؛ لِأَنَّ سَبَبَ الْمَلِكِ هُوَ الْعَقْدُ وَكَانَ ثَامًا فِي نَفْسِهِ، وَلَكِنْ امْتَنَعَ بُتُ الْمَلِكِ لَهُ الْمَانِعُ وَهُوَ حَقُّ الْمُعْصُوبِ مِنْهُ، فَإِذَا ارْتَفَعَ بِالْإِجَازَةِ ثَبَتَ الْمَلِكُ مِنْ وَقْتِ السَّبَبِ لَكُونِ الْإِجَازَةِ فِي الْإِنْتِهَاءِ كَالْإِذْنِ فِي الْإِبْتِدَاءِ فَتَبَيَّنَ أَنَّ الْقَطْعَ حَصَلَ عَلَى مِلْكِهِ فَيَكُونُ الْأَرْضُ لَهُ، وَعَلَى هَذَا كُلُّ مَا حَدَثَ لِلجَارِيَةِ عِنْدَ الْمُشْتَرِي مِنْ وَلَدٍ وَكَسْبٍ فَإِنْ لَمْ يُسَلَّمِ الْمَالِكُ الْمَبِيعَ أَخَذَ جَمِيعَ ذَلِكَ مَعَهَا؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ بَقِيَ مُتَقَرَّرًا فِيهَا، وَالْكَسْبُ وَالْأَرْضُ وَالْوَلَدُ لَا يُمْلِكُ إِلَّا بِمِلْكِ الْأَصْلِ. وَاعْتَرَضَ بِمَا إِذَا غَصَبَ عَبْدًا

فَقُطِعَتْ يَدُهُ وَضَمِنَهُ الْغَاصِبُ فَإِنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْأَرْضَ وَإِنْ مَلَكَ الْمَضْمُونُ.

وَبِالْفُضُولِيِّ إِذَا قَالَ لَامْرَأَةً أَمْرُكَ بِيَدِكَ فَطَلَقْتَ نَفْسَهَا ثُمَّ بَلَغَ الْحَبِيرُ الزَّوْجَ فَأَجَازَ صَحَّ التَّفْوِيزُ دُونَ التَّطْلِيقِ وَإِنْ ثَبَتَ الْمَالِكِيَّةُ لَهَا مِنْ حِينَ التَّفْوِيزِ حُكْمًا لِلإِجَازَةِ. وَأُجِيبَ عَنْ الْأَوَّلِ بِأَنَّ الْمَلِكَ فِي الْمَغْضُوبِ ثَبَتَ ضَرُورَةً عَلَى مَا عُرِفَ وَهِيَ تَنْدَفِعُ بِثَبُوتِهِ مِنْ وَقْتِ الْأَدَاءِ فَلَا يَمْلِكُ الْأَرْضَ لَعَدَمِ حُصُولِهِ فِي مِلْكِهِ. وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ الْأَصْلَ أَنَّ كُلَّ تَصَرُّفٍ تَوَقَّفَ حُكْمُهُ عَلَى شَيْءٍ يَجِبُ أَنْ يُجْعَلَ مُعْلَقًا بِالشَّرْطِ لَا سَبَبًا مِنْ وَقْتِ وُجُودِهِ لِثَلَا يَتَخَلَفَ الْحُكْمُ عَنِ السَّبَبِ إِلَّا فِيمَا لَا يَحْتَمِلُ التَّغْلِيقَ بِالشَّرْطِ كَالْبَيْعِ وَنَحْوِهِ فَإِنَّهُ يُعْتَبَرُ سَبَبًا مِنْ وَقْتِ وُجُودِهِ مُتَأَخِّرًا حُكْمُهُ إِلَى وَقْتِ الإِجَازَةِ.

فَعِنْدَهُمَا يَثْبُتُ الْمَلِكُ مِنْ وَقْتِ الْعَقْدِ وَالتَّفْوِيزِ مِمَّا يَحْتَمِلُهُ فَجَعَلَ الْمَوْجُودُ مِنْ الْفُضُولِيِّ مُعْلَقًا بِالِجَازَةِ فَعِنْدَهَا يَصِيرُ كَأَنَّهُ وَجَدَ الْآنَ فَلَا يَثْبُتُ حُكْمُهُ إِلَّا مِنْ وَقْتِ الإِجَازَةِ، وَهَذِهِ أَيْ كَوْنُ الْأَرْضِ لِلْمُشْتَرِي حُجَّةً عَلَى مُحَمَّدٍ فِي عَدَمِ تَجْوِيزِ الْإِعْتَاقِ فِي الْمَلِكِ الْمَوْقُوفِ لِمَا أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ لِلْمُشْتَرِي شَيْءٌ مِنَ الْمَلِكِ لَمَا كَانَ لَهُ الْأَرْضُ عِنْدَ الإِجَازَةِ كَمَا فِي الْعَصَبِ حَيْثُ لَا يَكُونُ لَهُ ذَلِكَ عِنْدَ أَدَاءِ الضَّمَانِ وَالْعُذْرُ: أَيْ الْجَوَابُ لَهُ عَنْ هَذِهِ الْحُجَّةِ أَنَّ الْمَلِكَ مِنْ وَجْهِ كَافٍ لاسْتِحْقَاقِ الْأَرْضِ كَالْمُكَاتِبِ إِذَا قُطِعَتْ يَدُهُ وَأَخَذَ الْأَرْضَ ثُمَّ رَدَّ رَقِيقًا فَإِنَّ الْأَرْضَ لِلْمَوْلَى، وَكَمَا إِذَا قُطِعَتْ يَدُ الْمُشْتَرِي فِي يَدِ الْمُشْتَرِي وَالْخِيَارُ لِلْبَائِعِ ثُمَّ أَجَازَ الْبَيْعَ فَإِنَّ الْأَرْضَ لِلْمُشْتَرِي لِثَبُوتِ الْمَلِكِ مِنْ وَجْهِ، بِخِلَافِ الْإِعْتَاقِ: يَعْنِي لَا يَنْفُذُ إِعْتَاقُ الْمُشْتَرِي فِيمَا إِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ عَلَى مَا مَرَّ، وَهُوَ قَوْلُهُ: وَبِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ فِي الْبَيْعِ خِيَارًا لِلْبَائِعِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُطْلَقٍ وَقِرَانُ الشَّرْطِ بِهِ يَمْنَعُ انْعِقَادَهُ، كَذَا فِي النَّهَائَةِ. وَقِيلَ بِخِلَافِ الْإِعْتَاقِ مُتَعَلِّقٌ بِقَوْلِهِ إِنَّ الْمَلِكَ مِنْ وَجْهِ يَكْفِي لاسْتِحْقَاقِ الْأَرْضِ: يَعْنِي أَنَّ إِعْتَاقَ الْمُشْتَرِي مِنَ الْغَاصِبِ بَعْدَ الإِجَازَةِ لَا يَنْفُذُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ؛ لِأَنَّ الْمَصْحَحَ لِلْإِعْتَاقِ هُوَ الْمَلِكُ الْكَامِلُ لَا الْمَلِكُ مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ.

وَقَوْلُهُ: (عَلَى مَا مَرَّ) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ وَالْمَصْحَحُ لِلْإِعْتَاقِ هُوَ الْمَلِكُ الْكَامِلُ وَهَذَا أَقْرَبُ، وَيَتَصَدَّقُ بِمَا زَادَ عَلَى نِصْفِ الثَّمَنِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَدْخُلْ فِي ضَمَانِهِ؛ لِأَنَّ أَرْضَ الْيَدِ الْوَاحِدَةِ فِي الْحَرِّ نِصْفُ الدِّيَةِ. وَفِي الْعَبْدِ نِصْفُ الْقِيَمَةِ، وَالَّذِي دَخَلَ فِي ضَمَانِهِ هُوَ مَا كَانَ بِمُقَابَلَةِ الثَّمَنِ، فَمَا زَادَ عَلَى نِصْفِ الثَّمَنِ يَكُونُ رِبْحًا مَا لَمْ يُضْمَنْ أَوْ فِيهِ شُبْهَةٌ

عَدَمَ الْمَلِكِ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ يَثْبُتُ يَوْمَ قَطْعِ الْيَدِ مُسْتَنَدًا إِلَى وَقْتِ الْبَيْعِ، وَهُوَ ثَابِتٌ مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ فَلَا يَطِيبُ الرَّبْحُ الْحَاصِلُ بِهِ. وَفِي الْكَافِي: إِنْ لَمْ يَكُنْ الْمَبِيعُ مَقْبُوضًا وَأَخَذَ الْأَرْضَ يَكُونُ الزَّائِدُ عَلَى نِصْفِ الثَّمَنِ رِبْحٌ مَا لَمْ يُضْمَنْ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ قَبْلَ الْقَبْضِ لَمْ يَدْخُلْ فِي ضَمَانِهِ، وَلَوْ كَانَ أَخَذَ الْأَرْضَ بَعْدَ الْقَبْضِ فَفِيهِ شُبْهَةٌ عَدَمَ الْمَلِكِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَوْجُودٍ حَقِيقَةً وَقْتَ الْقَطْعِ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ فِيهِ الْمَلِكُ بِطَرِيقِ الْاسْتِنَادِ فَكَانَ ثَابِتًا مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ، وَهَذَا كَمَا تَرَى تَوْزِيعَ الْوَجْهَيْنِ فِي الْكِتَابِ عَلَى الْاِغْتِبَارَيْنِ.

قَالَ (فَإِنْ بَاعَهُ الْمُشْتَرِي مِنْ آخَرَ إلخ) بَعْثِي إِنْ بَاعَ الْمُشْتَرِي مِنَ الْعَاصِبِ مِنْ شَخْصٍ آخَرَ ثُمَّ أَجَارَ الْمَوْلَى الْبَيْعَ الْأَوَّلَ لَمْ يَجْزِ الْبَيْعُ الثَّانِي لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّ بِالْإِجَازَةِ يَثْبُتُ لِلْبَائِعِ مِلْكٌ بَاتٌ، وَالْمِلْكُ الْبَاتُ، إِذَا طَرَأَ عَلَى مِلْكٍ مَوْقُوفٍ لغيرِهِ أَبْطَلَهُ؛ وَلَئِنْ فِيهِ غَرَرٌ الْإِنْفِسَاحُ عَلَى اعْتِبَارِ عَدَمِ الْإِجَازَةِ فِي الْبَيْعِ الْأَوَّلِ وَالْبَيْعُ يَفْسُدُ بِهِ. قِيلَ هَذَا التَّعْلِيلُ شَامِلٌ لِبَيْعِ الْعَاصِبِ مِنْ مُشْتَرِيهِ وَبَيْعِ الْفُضُولِيِّ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يُجِيزَ الْمَالِكُ بَيْنَهُمَا وَأَنْ لَا يُجِيزَ، وَمَعَ ذَلِكَ انْعَقَدَ بَيْعُ الْعَاصِبِ وَالْفُضُولِيِّ مَوْقُوفًا. وَأُجِيبَ بِأَنَّ غَرَرَ الْإِنْفِسَاحِ فِي بَيْنَهُمَا عَارِضُهُ النَّفْعُ الَّذِي يَحْصُلُ لِلْمَالِكِ الْمَذْكُورِ فِيمَا تَقَدَّمَ؛ فَبِالنَّظَرِ إِلَى الْغَرَرِ يَفْسُدُ، وَبِالنَّظَرِ إِلَى النَّفْعِ وَعَدَمِ الضَّرَرِ يَجُوزُ فَقُلْنَا بِالْجَوَازِ الْمَوْقُوفِ عَمَلًا بِهِمَا. لَا يُقَالُ: الْغَرَرُ مُحَرَّمٌ فَتَرَجَّحَ؛ لِأَنَّ الصَّحَّةَ فِي الْعُقُودِ أَصْلٌ فَعَارِضَتُهُ عَلَى أَنَّ اعْتِبَارَ الْغَرَرِ مُطْلَقًا يَسْتَلْزِمُ اعْتِبَارَ الثَّرْوَةِ إِجْمَاعًا، وَهُوَ أَنْ لَا يَصِحَّ بَيْعٌ أَصْلًا لَا سِيمًا فِي الْمُنْقُولَاتِ لاحتِمَالِ الْفَسْخِ بَعْدَ الْانْعِقَادِ بِهَلَاكِ الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ، وَأَمَّا غَرَرُ الْإِنْفِسَاحِ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ فَسَاءَ لَمْ عَمَّا يُعَارِضُهُ إِذْ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلُ لَمْ يَمْلِكْ حَتَّى يَطْلُبَ مُشْتَرِيًا آخَرَ فَتَجَرَّدَ الْبَيْعُ الثَّانِي عَرْضَةً لَغَرَرِ الْإِنْفِسَاحِ فَلَمْ يَنْعَقِدْ بِخِلَافِ الْإِعْتِقَادِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ؛ لِأَنَّهُ لَا يُؤَثِّرُ فِيهِ الْغَرَرُ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الْبَيْعَ قَبْلَ الْقَبْضِ فِي الْمُنْقُولَاتِ لَا يَصِحُّ لَغَرَرِ الْإِنْفِسَاحِ، وَالْإِعْتِقَادُ قَبْلَ الْقَبْضِ يَصِحُّ

قَالَ (فَإِنْ لَمْ يَبِعْهُ الْمُشْتَرِي فَمَاتَ فِي يَدِهِ أَوْ قُتِلَ ثُمَّ أَجَارَ الْبَيْعَ لَمْ يَجْزِ) لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّ الْإِجَازَةَ مِنْ شَرْطِهَا قِيَامُ الْمَقْضُودِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَاتَ بِالْمَوْتِ وَكَذَا بِالْقَتْلِ، إِذْ لَا يُمَكِّنُ إِجَابَ الْبَدَلِ لِلْمُشْتَرِي بِالْقَتْلِ حَتَّى يُعَدَّ بَاقِيًا بِقَاءِ الْبَدَلِ لِأَنَّهُ لَا مِلْكَ لِلْمُشْتَرِي عِنْدَ الْقَتْلِ مِلْكًا يُقَابَلُ بِالْبَدَلِ فَتَحَقَّقَ الْفَوَاتُ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ الصَّحِيحِ لِأَنَّ مِلْكَ الْمُشْتَرِي ثَابِتٌ

فَأَمَكَنَ إِجْبَابُ الْبَدَلِ لَهُ فَيَكُونُ الْمَبِيعُ قَائِمًا بِقِيَامِ خَلْفِهِ.

الشرح:

قَالَ (فَإِنْ لَمْ يَبِعْهُ الْمُشْتَرِي فَمَاتَ فِي يَدِهِ أَوْ قُتِلَ) أَيَّ فَإِنْ لَمْ يَبِعْهُ الْمُشْتَرِي مِنَ الْعَاصِبِ فَمَاتَ فِي يَدِهِ أَوْ قُتِلَ (ثُمَّ أَجَازَ الْمَالِكُ الْبَيْعَ) أَيَّ بَيَّعَ الْعَاصِبُ (لَمْ يَجْزْ) بِالْإِتِّفَاقِ لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّ الْإِجَازَةَ مِنْ شَرْطِهَا قِيَامُ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَاتَ بِالْمَوْتِ وَالْقَتْلِ لَا مَتْنَاعَ إِجْبَابِ الْبَدَلِ لِلْمُشْتَرِي بِالْقَتْلِ، فَلَا يُعَدُّ بَاقِيًا بَقَاءَ الْبَدَلِ؛ لِأَنَّهُ لَا مَلِكَ لِلْمُشْتَرِي عِنْدَ الْقَتْلِ مَلِكًا يُقَابَلُ بِالْبَدَلِ؛ لِأَنَّ مَلِكَهُ مَلِكٌ مَوْقُوفٌ وَهُوَ لَا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ مُقَابِلًا بِالْبَدَلِ (بِخِلَافِ الْبَيْعِ الصَّحِيحِ) فَإِنَّهُ إِذَا قُتِلَ الْمَبِيعُ قَبْلَ الْقَبْضِ لَا يَنْفَسِخُ؛ (لَأَنَّ مَلِكَ الْمُشْتَرِي ثَابِتٌ بَاتٌ فَأَمَكَنَ إِجْبَابُ الْبَدَلِ فَيَكُونُ الْمَبِيعُ قَائِمًا بِقِيَامِ خَلْفِهِ) وَهُوَ الْقِيَمَةُ وَالْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ، فَإِنْ اخْتَارَ الْبَدَلُ كَانَ الْبَدَلُ لِلْمُشْتَرِي.

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ عَبْدَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ وَأَقَامَ الْمُشْتَرِي الْبَيِّنَةَ عَلَى إِقْرَارِ الْبَائِعِ أَوْ رَبِّ الْعَبْدِ أَنَّهُ لَمْ يَأْمُرْهُ بِالْبَيْعِ وَأَرَادَ رَدَّ الْمَبِيعِ لَمْ تُقْبَلْ بَيِّنَتُهُ) لِلتَّنَاقُضِ فِي الدَّعْوَى، إِذَا إِقْدَامُ عَلَى الشِّرَاءِ إِقْرَارٌ مِنْهُ بِصِحَّتِهِ، وَالْبَيِّنَةُ مَبْنِيَّةٌ عَلَى صِحَّةِ الدَّعْوَى (وَأِنْ أَقَرَّ الْبَائِعُ بِذَلِكَ عِنْدَ الْقَاضِي) بَطُلَ الْبَيْعُ إِنْ طَلَبَ الْمُشْتَرِي ذَلِكَ، لِأَنَّ التَّنَاقُضَ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الْإِقْرَارِ، وَلِلْمُشْتَرِي أَنْ يُسَاعِدَهُ عَلَى ذَلِكَ فَيَتَحَقَّقُ الْإِتِّفَاقُ بَيْنَهُمَا، فَلِهَذَا شَرْطُ طَلَبِ الْمُشْتَرِي. قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ: وَذَكَرَ فِي الزِّيَادَاتِ أَنَّ الْمُشْتَرِي إِذَا صَدَّقَ مُدْعِيَهُ ثُمَّ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَى إِقْرَارِ الْبَائِعِ أَنَّهُ لِلْمُسْتَحَقِّ تَقْبُلٌ. وَفَرَّقُوا أَنَّ الْعَبْدَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي. وَفِي تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ فِي يَدِ غَيْرِهِ وَهُوَ الْمُسْتَحَقُّ، وَشَرْطُ الرُّجُوعِ بِالثَّمَنِ أَنْ لَا يَكُونَ الْعَيْنُ سَالِمًا لِلْمُشْتَرِي.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ عَبْدَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ) رَجُلٌ بَاعَ عَبْدَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَقَالَ الْمُشْتَرِي أَرَدْتُ الْبَيْعَ؛ لِأَنَّكَ بَعْتَنِي بِغَيْرِ أَمْرِ صَاحِبِهِ وَجَحَدَ الْبَائِعُ ذَلِكَ (فَأَقَامَ الْمُشْتَرِي الْبَيِّنَةَ) أَنَّ رَبَّ الْعَبْدِ أَوْ الْبَائِعُ أَقَرَّ أَنَّهُ لَمْ يَأْمُرْ الْبَائِعَ بِبَيْعِهِ (لَا تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ)؛ لِأَنَّهَا تَبَيَّنَتْ عَلَى صِحَّةِ الدَّعْوَى فَإِنْ صَحَّتْ الدَّعْوَى صَحَّتْ الْبَيِّنَةُ وَإِلَّا فَلَا وَهَاهُنَا بَطَلَتْ الدَّعْوَى (لِلتَّنَاقُضِ)؛ لِأَنَّ إِقْدَامَ الْمُشْتَرِي دَلِيلٌ عَلَى صِحَّةِ الشِّرَاءِ وَأَنَّ الْبَائِعَ يَمْلِكُ الْبَيْعَ ثُمَّ دَعَاؤُهُ

بَعْدَ ذَلِكَ أَنَّهُ بَاعَ بِغَيْرِ أَمْرِ صَاحِبِهِ دَلِيلٌ عَلَى عَدَمِ صِحَّةِ الشَّرَاءِ وَأَنَّ الْبَائِعَ لَمْ يَمْلِكْ الْبَيْعَ فَحَصَلَ التَّنَاقُضُ الْمُبْطِلُ لِلدَّعْوَى الْمُسْتَلْزِمَةِ صِحَّتِهَا لِقَبُولِ الْبَيِّنَةِ.

(وَأِنْ أَقَرَّ الْبَائِعُ بِذَلِكَ) أَيِّ بِأَنَّهُ بَاعَهُ بِغَيْرِ أَمْرِهِ (بَطَلَ الْبَيْعُ) إِنْ طَلَبَ الْمُشْتَرِي ذَلِكَ؛ لِأَنَّ التَّنَاقُضَ لَا يَمْتَنِعُ صِحَّةَ الْإِقْرَارِ (أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ أَلْكَرَ شَيْئًا ثُمَّ أَقَرَّ بِهِ) صَحَّ إِقْرَارُهُ، إِلَّا أَنَّ الْإِقْرَارَ حُجَّةٌ قَاصِرَةٌ لَا يَنْفُذُ فِي حَقِّ الْغَيْرِ، فَإِذَا سَاعَدَهُ الْمُشْتَرِي عَلَى ذَلِكَ تَحَقَّقَ الْأَتْفَاقُ بَيْنَهُمَا فَجَازَ أَنْ يُنْقَضَ. وَذَكَرَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ مَسْأَلَةَ الزِّيَادَاتِ نَقْضًا عَلَى مَسْأَلَةِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ. وَتَصْوِيرُهَا مَا قِيلَ: رَجُلٌ ادَّعَى عَلَى الْمُشْتَرِي بِأَنَّ ذَلِكَ الْعَبْدَ لَهُ وَصَدَّقَهُ الْمُشْتَرِي فِي ذَلِكَ ثُمَّ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْبَائِعِ أَنَّهُ أَقَرَّ بِأَنَّ الْمَبِيعَ لِهَذَا الْمُسْتَحَقِّ تُقْبَلُ الْبَيِّنَةُ وَإِنْ تَنَاقَضَ فِي دَعْوَاهُ.

قَالَ (وَفَرَّقُوا) أَيِّ الْمَشَايِخُ بَيْنَ رَوَاتِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَالزِّيَادَاتِ (بِأَنَّ الْعَبْدَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ) أَيِّ فِي مَسْأَلَةِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ (فِي يَدِ الْمُشْتَرِي) فَيَكُونُ الْمَبِيعُ سَالِمًا لَهُ فَلَا يَثْبُتُ لَهُ حَقُّ الرُّجُوعِ بِالثَّمَنِ مَعَ سَلَامَةِ الْمَبِيعِ لَهُ؛ لِأَنَّ شَرْطَ الرُّجُوعِ بِالثَّمَنِ عَدَمُ سَلَامَةِ الْمَبِيعِ (وَفِي تِلْكَ) أَيِّ مَسْأَلَةِ الزِّيَادَاتِ الْعَبْدُ الْمَبِيعُ فِي يَدِ الْمُسْتَحَقِّ فَلَا يَكُونُ الْمَبِيعُ سَالِمًا لِلْمُشْتَرِي فَيَثْبُتُ لَهُ حَقُّ الرُّجُوعِ لَوْجَدَانِ شَرْطِهِ. قِيلَ فِي هَذَا الْفَرْقِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ وَضْعَ الْمَسْأَلَةِ فِي الزِّيَادَاتِ أَيْضًا فِي أَنَّ الْعَبْدَ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي، وَلَكِنْ سَلَّمْنَا أَنَّهُ فِي يَدِ الْمُسْتَحَقِّ فَلَا يَلْزَمُ قَبُولُ الْبَيِّنَةِ لِبَقَاءِ التَّنَاقُضِ الْمُبْطِلِ لِلدَّعْوَى.

وَالْأَوَّلَى أَنْ يُقَالَ: إِنْ الْمُشْتَرِي أَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَى إِقْرَارِ الْبَائِعِ قَبْلَ الْبَيْعِ فِي مَسْأَلَةِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ فَلَمْ تُقْبَلِ التَّنَاقُضُ. وَفِي مَسْأَلَةِ الزِّيَادَاتِ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْإِقْرَارِ بَعْدَ الْبَيْعِ فَلَا يَلْزَمُ التَّنَاقُضُ فَقُبِلَتِ الْبَيِّنَةُ. قَالَ صَاحِبُ النَّهَايَةِ: وَلَمْ يَتَّضِحْ لِي فِيهِ شَيْءٌ سِوَى هَذَا بَعْدَ أَنْ تَأَمَّلْتُ فِيهِ بُرْهَةً مِنَ الدَّهْرِ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ التَّوْفِيقَ فِي وَضْعِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ مُمَكِّنٌ لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ الْمُشْتَرِي أَقْدَمَ عَلَى الشَّرَاءِ، وَلَمْ يَعْلَمْ بِإِقْرَارِ الْبَائِعِ بَعْدَمِ الْأَمْرِ ثُمَّ ظَهَرَ لَهُ ذَلِكَ بِأَنَّ قَالَ عُدُولٌ: سَمِعْنَاهُ قَبْلَ الْبَيْعِ أَقَرَّ بِذَلِكَ وَيَشْهَدُونَ بِهِ، وَمِثْلُ ذَلِكَ لَيْسَ بِمَنْعٍ كَمَا تَقَدَّمَ، وَالْوَاضِحُ فِي الْفَرْقِ مَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ.

وَمَا قِيلَ إِنْ التَّنَاقُضَ الْمُبْطِلَ لِلدَّعْوَى بَاقٍ يُجَابُ عَنْهُ بِأَنَّ الْمُشْتَرِي غَيْرُ مُتَنَاقِضٍ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ؛ لِأَنَّهُ لَا يُنْكَرُ الْعَقْدُ أَصْلًا وَلَا مِلْكُ الثَّمَنِ لِلْبَائِعِ، فَإِنْ بَيْعَ مَالِ الْغَيْرِ

مُنْعَقِدٌ وَبَدَلُ الْمُسْتَحَقِّ مَمْلُوكٌ، وَإِنَّمَا يُنْكِرُ وَصْفَ الْعَقْدِ وَهُوَ الصَّحَّةُ وَاللُّزُومُ بَعْدَ الْإِقْرَارِ بِهِ مِنْ حَيْثُ الظَّاهِرُ فَكَانَ مُتَنَاقِضًا مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ فَجَعَلْنَاهُ مُتَنَاقِضًا فِي مَسْأَلَةِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُفِيدُ فَائِدَةَ الرَّجُوعِ بِالثَّمَنِ لِسَلَامَةِ الْمَبِيعِ لَهُ إِذْ هُوَ فِي يَدِهِ وَلَمْ نَجْعَلْهُ مُتَنَاقِضًا فِي الْفَصْلِ الثَّانِي؛ لِأَنَّهُ يُفِيدُ فَائِدَةَ الرَّجُوعِ بِالثَّمَنِ لِعَدَمِ سَلَامَتِهِ لِكَوْنِهِ فِي يَدِ غَيْرِهِ وَكَانَ ذَلِكَ عَمَلًا بِالشَّبْهَيْنِ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ فَصَرْنَاهُ إِلَيْهِ

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ دَارًا لِرَجُلٍ وَأَدْخَلَهَا الْمُشْتَرِي فِي بَنَائِهِ لَمْ يَضْمَنْ الْبَائِعُ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ آخِرًا، وَكَانَ يَقُولُ أَوَّلًا: يَضْمَنْ الْبَائِعُ، وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهِيَ مَسْأَلَةُ غَضَبِ الْعَقَارِ وَسَنَبِّئُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ دَارًا لِرَجُلٍ) قِيلَ مَعْنَاهُ: بَاعَ عَرَضَةً غَيْرَهُ بِغَيْرِ أَمْرِهِ (وَأَدْخَلَهَا الْمُشْتَرِي فِي بَنَائِهِ) قِيلَ يَعْنِي قَبْضَهَا وَإِنَّمَا قِيدَ بِالْإِدْخَالِ فِي الْبِنَاءِ اتِّفَاقًا (لَمْ يَضْمَنْ الْبَائِعُ) أَيِ قِيَمَةِ الدَّارِ (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ آخِرًا، وَكَانَ يَقُولُ أَوَّلًا يَضْمَنْ وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ وَهِيَ مَسْأَلَةُ غَضَبِ الْعَقَارِ) عَلَى مَا سَيَأْتِي

بَابُ السَّلَمِ

السَّلَمُ عَقْدٌ مَشْرُوعٌ بِالْكِتَابِ وَهُوَ آيَةُ الْمَدَائِنَةِ، فَقَدْ قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: أَشْهَدُ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَحَلَّ السَّلَفَ الْمُضْمُونِ وَأَنْزَلَ فِيهَا أَطْوَلَ آيَةٍ فِي كِتَابِهِ، وَتَلَا قَوْلَهُ تَعَالَى ﴿يَتَأَيَّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢]. وَبِالسَّلَمِ وَهُوَ مَا رُوِيَ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَ الْإِنْسَانِ وَرَخَّصَ فِي السَّلَمِ» ^(١) وَالْقِيَاسُ وَإِنْ كَانَ يَأْبَاهُ وَلَكِنَّا تَرَكْنَاهُ بِمَا رَوَيْنَاهُ. وَوَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّهُ بَيْعُ الْمَعْدُومِ إِذَا مَبِيعٌ هُوَ الْمُسْلِمُ فِيهِ.

الشرح:

(بَابُ السَّلَمِ): لَمَّا فَرَّغَ مِنْ أَنْوَاعِ الْبُيُوعِ الَّتِي لَا يُشْتَرَطُ فِيهَا قَبْضُ الْعَوَضَيْنِ أَوْ

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٨٩/٤): غريب هذا اللفظ.

أَحَدَهُمَا شَرَعَ فِي بَيَانِ مَا يُشْتَرَطُ فِيهِ ذَلِكَ، وَقَدَّمَ السَّلَامَ عَلَى الصَّرْفِ لِكَوْنِ الشَّرْطِ فِيهِ قَبْضُ أَحَدِ الْعَوَظَيْنِ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الْمَفْرَدِ مِنَ الْمُرَكَّبِ. وَهُوَ فِي اللُّغَةِ عِبَارَةٌ عَنْ تَوْعٍ يَنْعِ مُعْجَلٍ فِيهِ الثَّمَنُ. وَفِي اصْطِلَاحِ الْفُقَهَاءِ هُوَ أَخَذُ عَاجِلٍ بِأَجَلٍ. قِيلَ فَهُوَ بِالْمَعْنَى اللَّغَوِيِّ إِلَّا أَنَّ فِي الشَّرْعِ اقْتَرَنَتْ بِهِ زِيَادَةُ شَرَائِطَ. وَرُدَّ بِأَنَّ السَّلْعَةَ إِذَا بِيَعَتْ بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ وَجَدَ فِيهِ هَذَا الْمَعْنَى وَلَيْسَ بِسَلَمٍ، وَلَوْ قِيلَ يَنْعِ آجِلٍ بِعَاجِلٍ لَا تَنْدَفِعُ ذَلِكَ. وَرُكْنُهُ الْإِجَابُ وَالْقَبُولُ، بِأَنْ يَقُولَ رَبُّ السَّلَامِ لآخر أسلمت إليك عشرة دراهم في كَرِّ حِنْطَةٍ أَوْ أَسْلَفْتُ فَيَقُولَ الْآخَرُ قَبِلْتُ، وَيُسَمَّى هَذَا رَبُّ السَّلَامِ وَالْآخَرُ الْمُسْلِمَ إِلَيْهِ وَالْحِنْطَةُ الْمُسْلَمُ فِيهِ.

وَلَوْ صَدَرَ الْإِجَابُ مِنَ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ وَالْقَبُولُ مِنْ رَبِّ السَّلَامِ صَحَّ. وَشَرْطُ جَوَازِهِ سَيُذَكَّرُ فِي أَتَاءِ كَلَامِهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. قَالَ (السَّلَامُ عَقْدٌ مَشْرُوعٌ بِالْكِتَابِ إلخ) السَّلَامُ عَقْدٌ مَشْرُوعٌ دَلَّ عَلَى ذَلِكَ الْكِتَابُ وَالسُّنَّةُ، أَمَا الْكِتَابُ فَقَوْلُهُ: تَعَالَى ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ مَعْنَاهُ إِذَا تَعَامَلْتُمْ بِدَيْنٍ مُؤَجَّلٍ فَاكْتُبُوهُ، وَفَائِدَةُ قَوْلِهِ مُسَمًّى الْإِعْلَامُ بِأَنْ مِنْ حَقِّ الْأَجَلِ أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا. وَوَجْهُ الاسْتِدْلَالِ (مَا رَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَشْهَدُ أَنَّ اللَّهَ أَحَلَّ السَّلْفَ الْمَضْمُونِ وَأَنْزَلَ فِيهَا) أَيُّ فِي السَّلْفِ عَلَى تَأْوِيلِ الْمَدَائِنَةِ (أَطْوَلُ آيَةٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ، وَتَلَا قَوْلَهُ تَعَالَى ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ﴾).

فَإِنْ قِيلَ: هَذَا اسْتِدْلَالٌ بِخُصُوصِ السَّبَبِ وَلَا مُعْتَبَرٌ بِهِ. قُلْنَا: عُمُومُ اللَّفْظِ يَتَنَاوَلُهُ فَكَانَ الاسْتِدْلَالُ بِهِ (قَوْلُهُ: الْمَضْمُونُ) صِفَةً مُقَرَّرَةً لِلْسَّلْفِ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا﴾ [المائدة: ٤٤] وَمَعْنَاهُ الْوَاجِبُ فِي الذِّمَّةِ. وَأَمَّا السُّنَّةُ (فَمَا رَوَى عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ «أَنَّهُ نَهَى عَنْ يَنْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَ الْإِنْسَانِ وَرَخَّصَ فِي السَّلَامِ» وَالْقِيَاسُ يَأْبَى جَوَازَهُ)؛ لِأَنَّهُ يَنْعِ الْمَعْدُومِ، إِذِ الْمَبِيعُ هُوَ الْمُسْلِمُ فِيهِ لَكِنَّا تَرَكْنَاهُ بِالنَّصِّ.

قَالَ (وَهُوَ جَائِزٌ فِي الْمَكِيلَاتِ وَالْمَوْزُونَاتِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ أَسْلَمَ مِنْكُمْ فَلَيْسَ لِي فِيهِ كَيْلٌ مَعْلُومٌ وَوَزْنٌ مَعْلُومٌ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ»^(١).

وَالْمُرَادُ بِالْمَوْزُونَاتِ غَيْرِ الدَّرَاهِمِ وَالْدَنَانِيرِ لِأَنَّهُمَا أَثْمَانٌ، وَالْمُسْلَمُ فِيهِ لَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ مَثْمَنًا فَلَا يَصِحُّ السَّلَامُ فِيهِمَا ثُمَّ قِيلَ يَكُونُ بِاطِّلًا، وَقِيلَ يَنْعَقِدُ بَيْعًا بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ تَحْصِيلًا

(١) أخرجه البخاري في السلم باب ١، ٢، ٧، ومسلم في المساقاة حديث ١٢٧، ١٢٨.

لِمَقْصُودِ الْمُتَعَاقِدِينَ بِحَسَبِ الْإِمْكَانِ، وَالْعِبْرَةُ فِي الْعُقُودِ لِلْمَعَانِي وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ لِأَنَّ التَّصْحِيحَ إِنَّمَا يَجِبُ فِي مَحَلٍّ أَوْجَبَ الْعَقْدَ فِيهِ وَلَا يُمَكِّنُ ذَلِكَ. قَالَ (وَكَذَا فِي الْمَذْرُوعَاتِ) لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ ضَبْطَهَا بِذِكْرِ الذَّرْعِ وَالصَّفَةِ وَالصَّنْعَةِ، وَلَا بُدَّ مِنْهَا لِتَرْتَفَعَ الْجَهَالَةُ فَيَتَحَقَّقُ شَرْطُ صِحَّةِ السَّلَمِ، وَكَذَا فِي الْمَعْدُودَاتِ الَّتِي لَا تَتَفَاوَتْ كَالْجُوزِ وَالْبَيْضِ، لِأَنَّ الْعَدَدِيَّ الْمُتَقَارِبَ مَعْلُومُ الْقَدْرِ مَضْبُوطُ الْوَصْفِ مَقْدُورُ التَّسْلِيمِ فَيَجُوزُ السَّلَمُ فِيهِ، وَالصَّغِيرُ وَالْكَبِيرُ فِيهِ سَوَاءٌ لِاصْطِلَاحِ النَّاسِ عَلَى إِهْدَارِ التَّفَاوُتِ، بِخِلَافِهِ الْبَطِيخِ وَالرُّمَّانِ لِأَنَّهُ يَتَفَاوَتْ أَحَادُهُ تَفَاوُتًا فَاحِشًا، وَيَتَفَاوَتْ الْأَحَادُ فِي الْمَالِيَّةِ يُعْرِفُ الْعَدَدِيُّ الْمُتَقَارِبُ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي بَيْضِ النَّعَامَةِ لِأَنَّهُ يَتَفَاوَتْ أَحَادُهُ فِي الْمَالِيَّةِ، ثُمَّ كَمَا يَجُوزُ السَّلَمُ فِيهَا عَدَدًا يَجُوزُ كَيْلًا. وَقَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَجُوزُ كَيْلًا لِأَنَّهُ عَدَدِيٌّ وَلَيْسَ بِمَكِيلٍ. وَعَنْهُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ عَدَدًا أَيْضًا لِلتَّفَاوُتِ. وَلَنَا أَنْ الْمِقْدَارَ مَرَّةً يُعْرِفُ بِالْعَدَدِ وَتَارَةً بِالْكَيْلِ، وَإِنَّمَا صَارَ مَعْدُودًا بِالِاصْطِلَاحِ فَيَصِيرُ مَكِيلًا بِاصْطِلَاحِهِمَا وَكَذَا فِي الْفُلُوسِ عَدَدًا. وَقِيلَ هَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُمَا أَثْمَانٌ. وَلَهُمَا أَنْ التَّمْنِيَّةَ فِي حَقِّهِمَا بِاصْطِلَاحِهِمَا فَتَبْطُلُ بِاصْطِلَاحِهِمَا وَلَا تَعُودُ وَزَيْنًا وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ.

الشرح:

قَالَ (وَهُوَ جَائِزٌ فِي الْمَكِيلَاتِ وَالْمُوزُونَاتِ) السَّلَمُ جَائِزٌ فِي الْمَكِيلَاتِ وَالْمُوزُونَاتِ (لِقَوْلِهِ ﷺ «مَنْ أَسْلَمَ مِنْكُمْ فَلْيُسَلِّمْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوزنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ» وَالْوُجُوبُ يَنْصَرِفُ إِلَى كَوْنِهِ مَعْلُومًا وَهُوَ يَتَضَمَّنُ الْجَوَازَ لَا مَحَالَ. فَإِنْ قِيلَ: مَنْ أَسْلَمَ شَرْطِيَّةً وَهُوَ لَا يَقْتَضِي الْجَوَازَ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى «قُلْ إِنْ كَانَ لِلرَّحْمَنِ وَلَدٌ فَأَنَا أَوَّلُ الْعَبِيدِينَ» [الزخرف: ٨١] فَالْجَوَابُ أَنَّ الدَّلِيلَ قَدْ دَلَّ عَلَى وُجُودِ السَّلَمِ فِي الشَّرْعِ، وَإِنَّمَا الْحَدِيثُ يُسْتَدَلُّ بِهِ عَلَى جَوَازِهِ فِي الْمَكِيلَاتِ وَالْمُوزُونَاتِ (وَالْمُرَادُ بِالْمُوزُونَاتِ غَيْرِ الدَّرَاهِمِ وَالْدَّنَانِيرِ؛ لِأَنَّهُمَا أَثْمَانٌ، وَالسَّلَمُ فِيهِ لَا يَكُونُ ثَمَنًا بَلْ يَكُونُ ثَمَنًا فَلَا يَصِحُّ السَّلَمُ فِيهِمَا. ثُمَّ قِيلَ: يَكُونُ بَاطِلًا، وَقِيلَ يَنْعَقِدُ بَيْنَا بَشَمَنْ مُؤَجَّلٍ تَحْصِيلًا لِمَقْصُودِ الْمُتَعَاقِدِينَ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ وَالْإِعْتِبَارِ فِي الْعُقُودِ لِلْمَعَانِي) وَالْأَوَّلُ قَوْلُ عِيْسَى بْنِ أَبَانَ، وَالثَّانِي قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ الْأَعْمَشِ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَهَذَا الْاِخْتِلَافُ فِيمَا إِذَا أَسْلَمَ حِنْطَةً أَوْ غَيْرَهَا مِنَ الْعُرُوضِ فِي الدَّرَاهِمِ وَالْدَّنَانِيرِ لِيُمْكِنَ أَنْ يَجْعَلَ يَنْعَ حِنْطَةً بِدَرَاهِمٍ مُؤَجَّلَةٍ

بِنَاءٍ عَلَى أَنَّهُمَا قَصْدًا مُبَادَلَةً الْحِنْطَةَ بِالذَّرَاهِمِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ كِلَاهُمَا مِنَ الْأَثْمَانِ بَأَنٍ
أَسْلَمَ عَشْرَةَ فِي عَشْرَةِ ذَرَاهِمٍ أَوْ فِي ذَنَائِرٍ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ بِالْإِجْمَاعِ، وَمَا ذَكَرَهُ عِيسَى
أَصَحُّ؛ لِأَنَّ التَّصْحِيحَ إِنَّمَا يَجِبُ فِي مَحَلٍّ أَوْجَبَا الْعَقْدَ فِيهِ وَهُمَا أَوْجَبَاهُ فِي الْمُسْلِمِ فِيهِ،
وَهُوَ إِذَا كَانَ مِنَ الْأَثْمَانِ لَا يَصِحُّ تَصْحِيحُهُ؛ لِأَنَّهُمَا لَا تَكُونُ مُثَمَّنًا، وَتَصْحِيحُهُ فِي
الْحِنْطَةِ تَصْحِيحٌ فِي غَيْرِ مَا أَوْجَبَاهُ فِيهِ فَلَا يَكُونُ صَحِيحًا.

قَالَ (وَكَذًا فِي الْمَذْرُوعَاتِ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ ضَبْطَهَا) أَيُّ وَكَجَوَازِ السَّلَمِ فِي
الْمَكِيلَاتِ وَالْمُوزُونَاتِ جَوَازُهُ فِي الْمَذْرُوعَاتِ لِكَوْنِهَا كَالْمَكِيلَاتِ وَالْمُوزُونَاتِ فِي مَنَاطِ
الْحُكْمِ وَهُوَ إِمْكَانُ ضَبْطِ الصِّفَةِ وَمَعْرِفَةِ الْمَقْدَارِ لَارْتِفَاعِ الْجَهَالَةِ فَجَازَ إِحْقَاقُ بِهِمَا.
وَعَلَى هَذَا التَّقْرِيرِ سَقَطَ مَا قِيلَ الشَّيْءُ إِنَّمَا يُلْحَقُ بِغَيْرِهِ دَلَالَةً إِذَا تَسَاوَا بِمَا مِنْ جَمِيعِ
الْوُجُوهِ، وَلَيْسَ الْمَذْرُوعُ مَعَ الْمَكِيلِ أَوْ الْمُوزُونِ كَذَلِكَ لِتَفَاوُتِهِمَا فِيمَا هُوَ أَعْظَمُ وَجُوهُ
التَّفَاوُتِ وَهُوَ كَوْنُ الْمَذْرُوعِ قِيمِيًّا، وَهُمَا مِثْلِيَّانِ؛ لِأَنَّ الْمَنَاطَ هُوَ مَا ذَكَرْنَا، إِذْ الْجَهَالَةُ
الْمُفْضِيَّةُ إِلَى التَّرَازُعِ تَرْفَعُ بِذَلِكَ دُونَ كَوْنِهِ قِيمِيًّا أَوْ مِثْلِيًّا.

فَإِنْ قِيلَ: الدَّلَالَةُ لَا تَعْمَلُ إِذَا عَارَضَهَا عِبَارَةٌ وَقَدْ عَارَضَهَا قَوْلُهُ: «لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ
عِنْدَكَ» فَإِنَّهُ عِبَارَةٌ أُخْتُصَّتْ مِنْهُ الْمَكِيلَاتُ وَالْمُوزُونَاتُ بِقَوْلِهِ «مَنْ أَسْلَمَ مِنْكُمْ»
الْحَدِيثَ، فَبَقِيَ مَا وَرَاءَهُمَا تَحْتَ قَوْلِهِ لَا تَبِعْ. فَالْجَوَابُ إِنَّمَا لَا تُسَلِّمُ صِلَاحِيَّةَ مَا ذَكَرْتَ
لِلتَّخْصِيصِ؛ لِأَنَّ الْقِرَانَ شَرْطُ لَهُ وَهُوَ لَيْسَ بِمَوْجُودٍ، سَلَمْنَاهُ لَكِنَّهُ عَامٌّ مَخْصُوصٌ وَهُوَ
دُونَ الْقِيَاسِ فَلَا يَكُونُ مُعَارِضًا لِلدَّلَالَةِ (وَكَذًا فِي الْمَعْدُودَاتِ الْمُتَقَارِبَةِ، وَهِيَ الَّتِي لَا
تَتَفَاوَتُ) آحَادَهَا (كَالْجُوزِ وَالْبَيْضِ؛ لِأَنَّ الْعَدَدِيَّ الْمُتَقَارِبَ مَعْلُومٌ مُضْبُوطٌ الْوَصْفِ
مَقْدُورُ التَّسْلِيمِ) فَكَانَ مَنَاطُ الْحُكْمِ مَوْجُودًا كَمَا فِي الْمَذْرُوعَاتِ

(فَجَازَ السَّلَمُ فِيهِ إِحْقَاقًا بِالْمَكِيلِ وَالْمُوزُونِ، وَالْكَبِيرُ وَالصَّغِيرُ سَوَاءٌ لِاصْطِلَاحِ
النَّاسِ عَلَى إِهْدَارِ التَّفَاوُتِ) فَإِنَّهُ قَلِمًا يُبَاعُ جُوزٌ بِفَلَسٍ وَآخَرُ بِفَلَسَيْنِ، وَكَذَا الْبَيْضُ
(بِخِلَافِ الْبَطِيخِ وَالرُّمَّانِ؛ لِأَنَّهُ يَتَفَاوَتُ آحَادُهُ تَفَاوُتًا فَاحِشًا) فَصَارَ الضَّابِطُ فِي مَعْرِفَةِ
الْعَدَدِيِّ الْمُتَقَارِبِ عَنِ الْمُتَفَاوُتِ تَفَاوُتَ الْآحَادِ فِي الْمَالِيَّةِ دُونَ الْأَنْوَاعِ، وَهَذَا هُوَ الْمَرْوِيُّ
عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَيُؤَيِّدُ ذَلِكَ مَا رُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ السَّلَمَ لَا
يَجُوزُ فِي بَيْضِ النِّعَامَةِ؛ لِأَنَّهُ يَتَفَاوَتُ آحَادُهُ فِي الْمَالِيَّةِ. ثُمَّ كَمَا يَجُوزُ السَّلَمُ فِيهَا: أَيُّ
فِي الْمَعْدُودَاتِ الْمُتَقَارِبَةِ عَدَدًا يَجُوزُ كَيْلًا. وَقَالَ زُفَرٌ: لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ عَدَدِيٌّ لَا كَيْلِيٌّ.

وَعَنْهُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ عَدَدٌ أَيْضًا لَوْجُودِ التَّفَاوُتِ فِي الْآحَادِ. وَلَنَا أَنَّ الْمَقْدَارَ مَرَّةً يُعْرَفُ بِالْعَدَدِ وَأُخْرَى بِالْكَيْلِ فَأَمَكَّنَ الضَّبْطُ بِهِمَا فَيَكُونُ جَائِزًا وَكَوْنُهُ مَعْدُودًا بِاصْطِلَاحِهِمَا فَجَازَ إِهْدَارُهُ، وَالْاصْطِلَاحُ عَلَى كَوْنِهِ كَيْلًا.

(قَوْلُهُ: وَكَذَا فِي الْفُلُوسِ عَدَدًا) ذَكَرَهُ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ مُطْلَقًا مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ خِلَافٍ لِأَحَدٍ. وَقِيلَ هَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ: وَأَمَّا عِنْدَ مُحَمَّدٍ فَلَا يَجُوزُ: أَيْ لَا يَجُوزُ السَّلَامُ فِي الْفُلُوسِ؛ لِأَنَّهَا أَمْنَانٌ، وَالسَّلَامُ فِي الْأَمْنَانِ لَا يَجُوزُ. وَلَهُمَا أَنَّ الثَّمَنِيَّةَ فِي حَقِّ الْمُتَعَاقِدِينَ ثَابِتَةٌ بِاصْطِلَاحِهِمَا لِعَدَمِ وَلَايَةِ الْغَيْرِ عَلَيْهِمَا فَلَهُمَا إِبْطَالُهُمَا بِاصْطِلَاحِهِمَا، فَإِذَا بَطُلَتِ الثَّمَنِيَّةُ صَارَتْ مُثَمَّنًا تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ فَجَازَ السَّلَامُ، وَقَدْ ذَكَرْتَاهُ فِي بَابِ الرِّبَا فِي مَسْأَلَةِ بَيْعِ الْفَلَسِ بِالْفَلَسَيْنِ.

وَمِنْ الْمَشَايِخِ مَنْ قَالَ: جَوَازُ السَّلَامِ فِي الْفُلُوسِ قَوْلُ الْكُلِّ، وَهَذَا الْقَائِلُ يَحْتَاجُ إِلَى الْفَرْقِ لِمُحَمَّدٍ بَيْنَ الْبَيْعِ وَالسَّلَامِ، وَهُوَ أَنَّ كَوْنَ الْمُسْلِمِ فِيهِ مُثَمَّنًا مِنْ ضَرُورَةِ جَوَازِ السَّلَامِ، فَإِقْدَامُهُمَا عَلَى السَّلَامِ تَضَمَّنَ إِبْطَالَ الْاصْطِلَاحِ فِي حَقِّهِمَا فَعَادَ مُثَمَّنًا، وَلَيْسَ مِنْ ضَرُورَةِ جَوَازِ الْبَيْعِ كَوْنُ الْمَبِيعِ مُثَمَّنًا فَإِنَّ بَيْعَ الْأَمْنَانِ بَعْضُهُمَا بِبَعْضٍ جَائِزٌ، فَإِلْقَادُهُمَا عَلَى الْبَيْعِ لَا يَتَضَمَّنُ إِبْطَالَ الْاصْطِلَاحِ فِي حَقِّهِمَا فَبَقِيَ ثَمَنًا كَمَا كَانَ، وَفَسَدَ بَيْعُ الْوَاحِدِ بِالْأَثْنَيْنِ.

(وَلَا يَجُوزُ السَّلَامُ فِي الْحَيَوَانِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَجُوزُ لِأَنَّهُ يَصِيرُ مَعْلُومًا بَيَّانِ الْجِنْسِ وَالسِّنِّ وَالنَّوْعِ وَالصِّفَةِ، وَالتَّفَاوُتُ بَعْدَ ذَلِكَ يَسِيرٌ فَأَشَبَّهُ الثِّيَابَ. وَلَنَا أَنَّهُ بَعْدَ ذِكْرِ مَا ذَكَرَ يَبْقَى فِيهِ تَفَاوُتٌ فَاحِشٌ فِي الْمَالِيَّةِ بِاعْتِبَارِ الْمَعَانِي الْبَاطِنَةِ فَيُفْضَى إِلَى الْمَنَازَعَةِ، بِخِلَافِ الثِّيَابِ لِأَنَّهُ مَصْنُوعُ الْعِبَادِ فَقَلَمَا يَتَفَاوَتُ الثُّوبَانِ إِذَا نُسِجَا عَلَى مَنَوَالٍ وَاحِدَةٍ. وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنِ السَّلَامِ فِي الْحَيَوَانِ»^(١) وَيَدْخُلُ فِيهِ جَمِيعُ أَجْنَاسِهِ حَتَّى الْعَصَافِيرُ. قَالَ (وَلَا فِي أَطْرَافِهِ كَالرُّءُوسِ وَالْأَكَارِغِ) لِلتَّفَاوُتِ فِيهَا إِذْ هُوَ عَدَدِيٌّ مُتَفَاوِتٌ لَا مُقَدَّرٌ لَهَا. قَالَ (وَلَا فِي الْجُلُودِ عَدَدًا وَلَا فِي الْحَصْبِ حُزْمًا وَلَا فِي الرُّطْبَةِ جُرُزًا) لِلتَّفَاوُتِ فِيهَا، إِلَّا إِذَا عُرِفَ ذَلِكَ بِأَنْ يَبَيَّنَ لَهُ طُولُ مَا يَشْدُ بِهِ الْحُرْمَةُ أَنَّهُ شِبْرٌ أَوْ ذِرَاعٌ فَحِينَئِذٍ يَجُوزُ إِذَا كَانَ عَلَى وَجْهِهِ لَا يَتَفَاوَتُ.

(١) أخرجه الحاكم في المستدرک (٥٧/٢)، والدارمي (٧١/٣) رقم (٢٦٨).

الشرح:

(قوله: وَلَا يَجُوزُ السَّلَامُ فِي الْحَيَوَانِ) وَهُوَ لَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ مُطْلَقًا أَوْ مَوْصُوفًا، وَالْأَوَّلُ لَا يَجُوزُ بِلَا خِلَافٍ، وَالثَّانِي لَا يَجُوزُ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ. هُوَ يَقُولُ يُمَكِّنُ ضَبْطُهُ بَيَانَ الْجِنْسِ كَالْإِبِلِ، وَالسِّنِّ كَالْجَذَعِ وَالثَّنِيِّ، وَالتَّنَوُّعِ كَالْبُخْتِ وَالْعَرَابِ، وَالصِّفَةِ كَالسَّمَنِ وَالْهَزَالِ، وَالتَّفَاوُتُ بَعْدَ ذَلِكَ سَاقِطٌ لِقُلْتِهِ فَأَشْبَهَ الثِّيَابَ، وَقَدْ ثَبَتَ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ عَمْرُو بْنَ الْعَاصِ أَنْ يَشْتَرِيَ بَعِيرًا بِبَعِيرَيْنِ فِي تَجْهِيزِ الْجَيْشِ إِلَى أَجَلٍ. وَأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ اسْتَقْرَضَ بَكْرًا وَقَضَاهُ رُبَاعِيًّا» وَالسَّلَامُ أَقْرَبُ إِلَى الْجَوَازِ مِنَ الْاسْتِقْرَاضِ.

وَلَنَا أَنَّ بَعْدَ ذِكْرِ الْأَوْصَافِ الَّتِي اشْتَرَطَهُ الْخَصْمُ يَبْقَى تَفَاوُتٌ فَاحِشٌ فِي الْمَالِيَّةِ بِاعْتِبَارِ الْمَعَانِي الْبَاطِنَةِ، فَقَدْ يَكُونُ فَرَسَانُ مُتَسَاوِيَانِ فِي الْأَوْصَافِ الْمَذْكُورَةِ وَيَزِيدُ ثَمَنُ أَحَدَاهُمَا زِيَادَةً فَاحِشَةً لِلْمَعَانِي الْبَاطِنَةِ فَيُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ الْمُتَافِيَةِ لَوْضِعِ الْأَسْبَابِ، بِخِلَافِ الثِّيَابِ؛ لِأَنَّهُ مَصْنُوعُ الْعِبَادِ، فَقَلَمَا يَتَفَاوَتُ تَفَاوُتًا فَاحِشًا بَعْدَ ذِكْرِ الْأَوْصَافِ، وَشَرَاءُ الْبَعِيرِ بِبَعِيرَيْنِ كَانَ قَبْلَ نُزُولِ آيَةِ الرُّبَا أَوْ كَانَ فِي دَارِ الْحَرْبِ وَلَا رَبًّا بَيْنَ الْحَرْبِيِّ وَالْمُسْلِمِ فِيهَا، وَتَجْهِيزُ الْجَيْشِ وَإِنْ كَانَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ فَتَقُلُّ الْآلَاتُ كَانَ مِنْ دَارِ الْحَرْبِ لِعَرَبَتِهَا فِي دَارِ الْإِسْلَامِ يَوْمَئِذٍ، وَلَمْ يَكُنِ الْقَرْضُ ثَابِتًا فِي ذِمَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بِدَلِيلٍ أَنَّهُ قَضَاهُ مِنْ إِبِلِ الصَّدَقَةِ، وَالصَّدَقَةُ حَرَامٌ عَلَيْهِ فَكَيْفَ يَجُوزُ أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ.

(قوله: وَقَدْ صَحَّ) يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ إِشَارَةً إِلَى جَوَابِ مَا يُقَالُ: التَّفَاوُتُ الْفَاحِشُ فِي الْمَعَانِي الْبَاطِنَةِ لَا يُوجَدُ فِي الْعَصَافِيرِ وَالْحَمَامَاتِ الَّتِي تُؤْكَلُ، وَأَنَّ السَّلَامَ فِيهَا لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ عِنْدَكُمْ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ عَدَمَ جَوَازِ السَّلَامِ فِي الْحَيَوَانِ لَيْسَ لِكَوْنِهِ غَيْرَ مَضْبُوطٍ فَإِنَّهُ يَجُوزُ فِي الدِّيَاجِ ذُونَ الْعَصَافِيرِ، وَلَعَلَّ ضَبْطَ الْعَصَافِيرِ بِالْوَصْفِ أَهْوَنُ مِنْ ضَبْطِ الدِّيَاجِ بَلْ هُوَ ثَابِتٌ بِالسُّنَّةِ. لَا يُقَالُ: التَّهْيُ عَنْ الْحَيَوَانِ الْمَطْلُوقِ عَنْ الْوَصْفِ وَالْمُنْتَازِعُ فِيهِ هُوَ الْمَوْصُوفُ مِنْهُ فَلَا يَتَّصِلُ بِمَحَلِّ التَّرَاعُ؛ لِأَنَّ مُحَمَّدَ بْنَ الْحَسَنِ ذَكَرَ فِي أَوَّلِ كِتَابِ الْمُضَارَبَةِ أَنَّ ابْنَ مَسْعُودٍ ؓ دَفَعَ مَالًا مُضَارَبَةً إِلَى زَيْدِ بْنِ خَلْدَةَ فَأَسْلَمَهَا زَيْدٌ إِلَى عَثْرِيْسِ بْنِ عَرْقُوبٍ فِي قَلَاتَصَ مَعْلُومَةٍ، فَقَالَ ابْنُ مَسْعُودٍ: أَرُدُّدُ مَا لَنَا لَا تُسَلِّمُ أَمْوَالَنَا. وَهُوَ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الْمَنْعَ لَمْ يَكُنْ لِكَوْنِهِ مُطْلَقًا؛ لِأَنَّ الْقَلَاتَصَ كَانَتْ مَعْلُومَةً

فَكَانَ لَكُونِهِ حَيَوَانًا. لَا يُقَالُ: فِي كَلَامِ الْمُصَنَّفِ تَسَامُحٌ؛ لِأَنَّ الدَّلِيلَ الْمَذْكُورَ بِقَوْلِهِ وَلَنَا مَنَقُوضٌ بِالْعَصَافِيرِ؛ لِأَنَّ ذِكْرَ ذَلِكَ لَمْ يَكُنْ مِنْ حَيْثُ الِاسْتِدْلَالُ عَلَى الْمَطْلُوبِ بَلْ مِنْ حَيْثُ جَوَابُ الْخَصْمِ، وَأَمَّا الدَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ فَهُوَ السُّنَّةُ.

قَالَ (وَلَا فِي أَطْرَافِهِ كَالرُّعُوسِ وَالْأَكَارِغِ) وَالْكَرَاعُ مَا دُونَ الرُّكْبَةِ مِنَ الدَّوَابِّ، وَالْأَكَارِغُ جَمْعُهَا؛ لِأَنَّهُ عَدَدِيٌّ مُتَفَاوِتٌ لَا مُقَدَّرَ لَهُ وَلَا فِي جُلُودِهِ؛ لِأَنَّهَا تَبَاغٌ عَدَدًا وَهِيَ عَدَدِيَّةٌ فِيهَا الصَّغِيرُ وَالْكَبِيرُ فَيَقْضِي السَّلَامُ فِيهَا إِلَى الْمَنَازَعَةِ، وَلَا يُتَوَهَّمُ أَنَّهُ يَجُوزُ وَرَنًا لَقَيْدِهِ عَدَدًا؛ لِأَنَّ مَعْنَاهُ أَنَّهُ عَدَدِيٌّ، فَحَيْثُ لَمْ يَجْزْ عَدَدًا لَمْ يَجْزْ وَرَنًا بِطَرِيقِ الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُوزَنُ عَادَةً. وَذَكَرَ فِي الذَّخِيرَةِ أَنَّهُ إِنْ بَيَّنَّ لِلْجُلُودِ ضَرْبًا مَعْلُومًا يَجُوزُ وَذَلِكَ لِإِثْنَاءِ الْمَنَازَعَةِ حَيْثُذ (وَلَا فِي الْحَطَبِ حَرْمًا) لَكُونِهِ مَجْهُولًا مِنْ حَيْثُ طُولُهُ وَعَرْضُهُ وَغَلْظُهُ، فَإِنْ عُرِفَ ذَلِكَ جَازًا، كَذَا فِي الْمَبْسُوطِ، وَلَا فِي الرُّطْبَةِ جُرْزًا بِضَمِّ الْحِيمِ بَعْدَهَا رَاءَ مَفْتُوحَةٍ وَزَايٍ: وَهِيَ الْقَبْضَةُ مِنَ الْقَتِّ وَنَحْوِهِ لِلتَّفَاوُتِ، إِلَّا إِذَا عُرِفَ ذَلِكَ بَيَّانٍ طُولَ مَا تُشَدُّ بِهِ الْحُزْمَةُ أَنَّهُ شَبْرٌ أَوْ ذِرَاعٌ فَإِنَّهُ يَجُوزُ إِذَا كَانَ عَلَى وَجْهِ لَا يَتَفَاوَتُ.

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ السَّلَامُ حَتَّى يَكُونَ الْمُسْلِمُ فِيهِ مَوْجُودًا مِنْ حِينِ الْعَقْدِ إِلَى حِينِ الْمَحَلِّ، حَتَّى لَوْ كَانَ مُنْقَطِعًا عِنْدَ الْعَقْدِ مَوْجُودًا عِنْدَ الْمَحَلِّ أَوْ عَلَى الْعَكْسِ أَوْ مُنْقَطِعًا فِيمَا بَيْنَ ذَلِكَ لَا يَجُوزُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَجُوزُ إِذَا كَانَ مَوْجُودًا وَقَتَ الْمَحَلِّ لَوْجُودِ الْقُدْرَةِ عَلَى التَّسْلِيمِ حَالٌ وَجُوبُهُ.

وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا تُسَلِّمُوا فِي الثَّمَارِ حَتَّى يَبْدُوَ صَلَاحُهَا»^(١) وَلَئِنْ الْقُدْرَةُ عَلَى التَّسْلِيمِ بِالتَّحْصِيلِ فَلَا بُدَّ مِنْ اسْتِمْرَارِ الْوُجُودِ فِي مُدَّةِ الْأَجَلِ لِيَتِمَّكَنَ مِنَ التَّحْصِيلِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ السَّلَامُ حَتَّى يَكُونَ الْمُسْلِمُ فِيهِ مَوْجُودًا) وَوُجُودُ الْمُسْلِمِ فِيهِ مِنْ حِينِ الْعَقْدِ إِلَى حُلُولِ الْأَجَلِ شَرْطُ جَوَازِ السَّلَامِ عِنْدَنَا، وَهَذَا يَنْقَسِمُ إِلَى سِتَّةِ أَقْسَامٍ: قِسْمَةٌ عَقْلِيَّةٌ حَاصِرَةٌ، وَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مَوْجُودًا مِنْ حِينِ الْعَقْدِ إِلَى الْمَحَلِّ أَوْ لَيْسَ بِمَوْجُودٍ أَصْلًا، أَوْ مَوْجُودًا عِنْدَ الْعَقْدِ دُونَ الْمَحَلِّ أَوْ بِالْعَكْسِ، أَوْ مَوْجُودًا فِيمَا

(١) أخرجه أبو داود (٣٤٦٧)، وابن ماجه (٢٢٨٤).

يَتَنَهَمَا، أَوْ مَعْدُومًا فِيمَا يَتَنَهَمَا. وَالْأَوَّلُ جَائِزٌ بِالِاتِّفَاقِ، وَالثَّانِي فَاسِدٌ بِالِاتِّفَاقِ، وَالثَّلَاثُ كَذَلِكَ، وَالرَّابِعُ فَاسِدٌ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ، وَالْخَامِسُ فَاسِدٌ بِالِاتِّفَاقِ، وَالسَّادِسُ فَاسِدٌ عِنْدَنَا خِلَافًا لِمَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ. لَهُ عَلَى الرَّابِعِ وَهُوَ دَلِيلُهُمَا عَلَى السَّادِسِ وَجُودُ الْقُدْرَةِ عَلَى التَّسْلِيمِ حَالٌ وَجُوبُهُ. وَلَنَا قَوْلُهُ: عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا تُسْلِفُوا فِي الثَّمَارِ حَتَّى يَبْدُوَ صَلَاحُهَا» وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى الشَّافِعِيِّ فَإِنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ شَرَطٌ لَصِحَّةِ وَجُودِ الْمُسْلِمِ فِيهِ حَالِ الْعَقْدِ؛ وَلَأَنَّ الْقُدْرَةَ عَلَى التَّسْلِيمِ إِنَّمَا تَكُونُ بِالتَّحْصِيلِ فَلَا بُدَّ مِنْ اسْتِمْرَارِ الْوُجُودِ فِي مُدَّةِ الْأَجَلِ لِيَتِمَّكَنَ مِنَ التَّحْصِيلِ، وَالْمُنْقَطِعُ وَهُوَ مَا لَا يُوْجَدُ فِي سُوقِهِ الَّذِي يُبَاعُ فِيهِ وَإِنْ وَجِدَ فِي الْبُيُوتِ غَيْرُ مَقْدُورٍ عَلَيْهِ بِالْاِكْتِسَابِ، وَهَذَا حُجَّةٌ عَلَيْهِمَا. وَاعْتَرَضَ بِأَنَّهُ إِذَا كَانَ عِنْدَ الْعَقْدِ مَوْجُودًا كَفَى مُؤَنَةَ الْحَدِيثِ، وَإِذَا وَجِدَ عِنْدَ الْمَحَلِّ كَانَ مَقْدُورَ التَّسْلِيمِ فَلَا مَانِعَ عَنِ الْجَوَازِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْقُدْرَةَ إِنَّمَا تَكُونُ مَوْجُودَةً إِذَا كَانَ الْعَاقِدُ بَاقِيًا إِلَى ذَلِكَ الْوَقْتِ، حَتَّى لَوْ مَاتَ كَانَ وَقْتُ وَجُوبِ التَّسْلِيمِ عَقِيبَهُ، وَفِي ذَلِكَ شَكٌّ. وَرُدُّ بِأَنَّ الْحَيَاةَ ثَابِتَةٌ فَبَقِيَ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ عَدَمَ الْقُدْرَةِ عَلَى ذَلِكَ التَّقْدِيرِ ثَابِتٌ فَبَقِيَ. فَإِنْ قِيلَ: بَقَاءُ الْكَمَالِ فِي النَّصَابِ لَيْسَ بِشَرَطٍ فِي أَثْنَاءِ الْحَوْلِ فَلْيَكُنْ وَجُودُ الْمُسْلِمِ فِيهِ كَذَلِكَ. أُجِيبَ بِأَنَّ وَجُودَهُ كَالنَّصَابِ وَجُودُهُ لَا كَكَمَالِهِ، وَوُجُودُهُ شَرَطٌ فَوْجُودُ الْمُسْلِمِ فِيهِ كَذَلِكَ.

(وَلَوْ انْقَطَعَ بَعْدَ الْمَحَلِّ قَرَبُ السَّلْمِ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ فَسَخَّ السَّلْمُ، وَإِنْ شَاءَ انْتَهَزَ وَجُودَهُ) لَأَنَّ السَّلْمَ قَدْ صَحَّ وَالْعَجْزُ الطَّارِئُ عَلَى شَرَفِ الزَّوَالِ فَصَارَ كِبَاقٍ الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ. الْقَبْضِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ: وَلَوْ انْقَطَعَ بَعْدَ الْمَحَلِّ) يَعْنِي أَسْلَمَ فِي مَوْجُودِ حَالِ الْعَقْدِ وَالْمَحَلِّ ثُمَّ انْقَطَعَ فَالسَّلْمُ صَحِيحٌ عَلَى حَالِهِ، وَرَبُّ السَّلْمِ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ فَسَخَّ الْعَقْدَ وَإِنْ شَاءَ انْتَهَزَ وَجُودَهُ (لَأَنَّ السَّلْمَ قَدْ صَحَّ وَالْعَجْزُ عَنِ التَّسْلِيمِ طَارِئٌ عَلَى شَرَفِ الزَّوَالِ فَصَارَ كِبَاقٍ الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ) فِي بَقَاءِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ وَالْعَجْزُ عَنِ التَّسْلِيمِ، فَإِنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ فِي السَّلْمِ هُوَ الدَّيْنُ الثَّابِتُ فِي الذِّمَّةِ وَهُوَ بَاقٍ بِقَائِلِهَا كَالْعَيْدِ الْآبِقِ. وَفِي قَوْلِهِ وَالْعَجْزُ الطَّارِئُ عَلَى شَرَفِ الزَّوَالِ إِشَارَةٌ إِلَى جَوَابِ زُفَرٍ عَنْ قِيَاسِهِ الْمُنْتَازِعِ فِيهِ عَلَى هَلَاكِ

المبيع في العجز عن التسليم وفي ذلك يَطلُّ البَيْعُ فَكَذَلِكَ هَاهُنَا. وَوَجْهُهُ أَنَّ الْعَجْزَ عَنْ
التَّسْلِيمِ إِذَا كَانَ عَلَى شَرَفِ الزَّوَالِ لَا يَكُونُ كَالْعَجْزِ بِالْهَلَاكِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُمَكِّنِ الزَّوَالِ
عَادَةً فَكَانَ الْقِيَاسُ فَاسِدًا.

فهرس المحتويات

الصفحة	الموضوع
٥	باب التدبير
١٠	باب الاستيلاء
٢٧	كتاب الإيمان
٣١	باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا
٣٨	فصل في الكفارة
٤٦	باب اليمين في الدخول والسكنى
٥٣	باب اليمين في الخروج والإتيان والركوب وغير ذلك
٥٩	باب اليمين في الأكل والشرب
٧٣	باب اليمين في الكلام
٨٤	باب اليمين في العتق والطلاق
٩٣	باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك
٩٩	باب اليمين في الحج والصلاة والصوم
١٠٣	باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك
١٠٥	باب اليمين في الضرب والقتل وغيره
١٠٨	باب اليمين في تقاضي الدراهم
١١١	مسائل متفرقة
١١٤	كتاب الحدود
١٢٠	فصل في كيفية الحد وإقامته
١٣٢	باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه
١٦٧	باب حد الشرب

١٧٤	باب حد القذف
١٩٠	فصل في التعزير
١٩٥	كتاب السرقة
٢٠٠	باب ما يقطع فيه وما لا يقطع
٢١١	فصل في الحرز والأخذ منه
٢٢٠	فصل في كيفية القطع وإثباته
٢٢٤	باب قطع الطريق
٢٥٣	كتاب السير
٢٥٦	باب كيفية القتال
٢٦٣	باب المواعدة ومن يجوز أمانه
٢٧١	باب الغنائم وقسمتها
٢٨٦	فصل في كيفية القسمة
٢٩٦	فصل في التنفيل
٢٩٩	باب استيلاء الكفار
٣٠٨	باب المستأمن
٣١٩	باب العشر والخراج
٣٤٣	باب أحكام المرتدين
٣٦٥	باب البغاة
٣٧١	كتاب اللقيط
٣٧٧	كتاب اللقطة
٣٨٧	كتاب الإباق
٣٩٢	كتاب المفقود
٣٩٩	كتاب الشراكة

٤٢٨	فصل في الشركة الفاسدة
٤٣٥	كتاب الوقف
٤٥٧	كتاب البيوع
٥٢٠	باب خيار الرؤية
٥٣٦	باب خيار العيب
٥٦٦	باب البيع الفاسد
٦١١	فصل في أحكامه
٦٢٥	فصل فيما يكره
٦٣٢	باب الإقالة
٦٣٨	باب المراجعة والتولية
٦٩٢	باب الاستحقاق
٦٩٦	فصل في بيع الفضولي
٧٠٩	باب السلم
٧١٨	فهرس المحتويات